

Aktenzeichen: 10 AZR 331/04
Bundesarbeitsgericht 10. Senat

Urteil vom 26. Januar 2005
- 10 AZR 331/04 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 12. September 2003
- 91 Ca 12045/03 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 30. März 2004
- 3 Sa 2206/03 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Widerruf einer Funktionszulage

Gesetze:

PersVG Berlin § 79 Abs. 1, § 87 Nr. 3; TVG § 4 Abs. 5; Tarifvertrag über die Gewährung einer Funktionszulage an Arbeiter der Universitäten und der Versuchsanstalt für Wasserbau und Schiffbau Berlin vom 1. Juli 1991 § 1 Abs. 1

Leitsatz:

Im Anwendungsbereich des Personalvertretungsgesetzes Berlin unterliegt der Widerruf einer vertraglich vereinbarten Funktionszulage der Mitbestimmung des Personalrats. Ein Widerruf ohne vorherige Durchführung des Mitbestimmungsverfahrens ist unwirksam.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 331/04
3 Sa 2206/03
Landesarbeitsgericht
Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
26. Januar 2005

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. Januar 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Freitag, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler sowie die ehrenamtlichen Richter Großmann und Schaeff für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 30. März 2004 - 3 Sa 2206/03 - aufgehoben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 12. September 2003 - 91 Ca 12045/03 - wird zurückgewiesen, wobei der Tenor des Urteils des Arbeitsgerichts zur Klarstellung wie folgt neu gefasst wird:
 - a) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 166,63 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz p.a. seit 23. Mai 2003 zu zahlen.
 - b) Es wird festgestellt, dass die Beklagte ab 1. April 2003 die in der Nebenabrede vom 2. März 1990 vereinbarte Funktionszulage in Höhe von 8 % des Monatstabellelohnes der Stufe 1 der Lohngruppe des Klägers nach dem Tarifvertrag über die Gewährung einer Funktionszulage an Arbeiter der Universitäten vom 1. Juli 1971 weiter zu gewähren hat.
3. Die Beklagte hat die Kosten der Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger über den 28. Februar 2003 hinaus ein Anspruch auf Zahlung einer Funktionszulage zusteht.

Der Kläger ist seit dem 1. August 1989 als Tierpfleger bei der Beklagten beschäftigt. Seit Januar 2003 ist er Mitglied der ver.di Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft e.V. Die Aufgabe des Klägers besteht in der Zucht, Betreuung und Pflege von transgenen Ratten für die Durchführung von Lehr- oder Forschungsaufgaben, deren Verhalten er zu beobachten und zu protokollieren hat. Etwa ein Drittel der Arbeitszeit des Klägers ist mit der darauf bezogenen Protokollierung und Buchführung ausgefüllt, jeweils ein weiteres Drittel betreffen die Zucht der Tiere und die sogenannte Basisversorgung. Die vom Kläger verrichteten Tätigkeiten sind seit Arbeitsaufnahme unverändert geblieben. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag vom 2. November 1989 lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 1

Der Arbeitnehmer wird ab 1.11.1989 im Bereich der Freien Universität Berlin als Arbeiter eingestellt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



...

§ 2

Das Arbeitsverhältnis richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesmanteltarifvertrages für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (BMT-G II) vom 31. Januar 1962 mit den zusätzlich abgeschlossenen Tarifverträgen sowie den an ihre Stelle tretenden Tarifverträgen - alle in ihrer jeweils geltenden Fassung -.

Daneben sind die für den Bereich des Arbeitgebers in Kraft befindlichen und künftig in Kraft tretenden sonstigen Tarifverträge, sofern sie dieses Arbeitsverhältnis nach ihrem Geltungsbereich erfassen können, in ihrer jeweiligen Fassung anzuwenden.

...

§ 5

Der Arbeitnehmer erhält vom Tage der Arbeitsaufnahme an den Tariflohn der Lohngruppe IV Fallgruppe 1.“

Mit Wirkung ab 1. August 1989 zahlte die Beklagte dem Kläger eine monatliche Funktionszulage auf der Grundlage einer zwischen den Parteien unter dem Datum 2. März 1990 geschlossenen Nebenabrede zum Arbeitsvertrag, die folgenden Wortlaut hat:

„§ 1

Herr M arbeitet während seiner Tätigkeit als Tierpfleger in den Zentralen Tierlaboratorien der Freien Universität Berlin überwiegend an Lehr- und Forschungsaufgaben mit.

§ 2

Hierfür wird ihm gemäß Tarifvertrag über die Gewährung einer Funktionszulage an Arbeiter der Universitäten vom 1.4.1971 nach Vollendung einer 6monatigen ununterbrochenen überwiegenden Beschäftigung für Lehr- oder Forschungsaufgaben - unter Beachtung der Ausschußfrist gemäß § 63 BMT-G - ab 1.8.1989 fortlaufend eine Funktionszulage in Höhe von 8 v. H. des Monatstabellenlohnes der Stufe 4 seiner Lohngruppe gewährt.

Ansprüche auf Erschwerniszuschläge sind hierdurch nicht abgegolten.



§ 3

Die Funktionszulage nach § 2 wird für jeden Monat gezahlt, an dem für alle Arbeitstage Lohn, Urlaubslohn oder Krankenbezüge zustehen. In Monaten, in denen das nicht zutrifft, ist sie anteilig zu kürzen.

§ 4

Bei Wegfall der Voraussetzungen zur Zahlung der Funktionszulage ist die Personalstelle für Lohnempfänger unverzüglich zu unterrichten. Ggf. überzahlte Beträge sind zurückzuzahlen oder mit den Lohnbezügen zu verrechnen.

§ 5

Diese Nebenabrede gilt, bis sie widerrufen wird. Der Widerruf kann, ohne daß der Arbeitsvertrag hierdurch berührt wird, jederzeit ohne Einhaltung einer Frist ausgesprochen werden.“

Gleichlautende Nebenabreden hat die Beklagte für eine Vielzahl von Arbeitsverträgen mit Tierpflegern vorformuliert.

Der tarfschließende Arbeitgeberverband, dessen Mitglied die Beklagte ist, kündigte den Tarifvertrag über die Gewährung einer Funktionszulage an Arbeiter der Universitäten vom 1. Juli 1971 (TV Funktionszulage) zum 31. Dezember 2001. Im Jahr 2002 beanstandete der Landesrechnungshof die Zahlung der Funktionszulage. Dies veranlasste die Beklagte, bei allen Tierpflegern deren Tätigkeiten zu erfassen, um festzustellen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der Funktionszulage vorlagen. Auch der Kläger wirkte bei der Erstellung des ihn betreffenden entsprechenden Auswertungsbogens mit.

Mit Schreiben vom 24. Februar 2003 widerrief die Beklagte die mit dem Kläger geschlossene Nebenabrede mit Wirkung zum 28. Februar 2003 und stellte ab März 2003 die Zahlung der Zulage in Höhe von zuletzt 166,63 Euro brutto monatlich ein. Einen entsprechenden Widerruf sprach sie auch gegenüber allen anderen bei ihr beschäftigten Tierpflegern aus.

Mit seiner Klage hat der Kläger geltend gemacht, dass nach den von ihm ausgeübten Tätigkeiten sein Anteil an der Mitarbeit an Lehr- und Forschungsaufgaben bei 100 %, jedenfalls aber über 60 % liege, so dass er weiterhin die Voraussetzungen für die Zahlung der Funktionszulage erfülle; von der Zahlung der Zulage könne die Beklagte ohne Kündigung nicht abweichen. Der Widerrufsvorbehalt in § 5 der Nebenabrede vom 2. März 1990 verstoße gegen § 307 Abs. 1 Satz 2, § 308 Nr. 4 BGB, da kei-



ne Widerrufsgründe genannt seien. Besonderheiten des Arbeitsrechts iSd. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB stünden dem nicht entgegen, insbesondere seien solche nicht in der Rechtsprechung zur alten Gesetzeslage zu erblicken. Auch sei der Widerruf der Funktionszulage ohne die notwendige Mitwirkung des Personalrats erfolgt. Da somit kein wirksamer Widerruf vorliege, gelte die Nebenabrede weiter. Er habe sich auf die gezahlte Zulage eingestellt und seinen Lebensstandard danach ausgerichtet. Die Beklagte habe bei der Ausübung des Widerrufs seine Interessen nicht berücksichtigt und eine sie zum Widerruf berechtigende finanzielle Notlage nicht dargetan.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 166,63 Euro brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 23. Mai 2003 zu zahlen,
2. festzustellen, dass die in der Nebenabrede vom 2. März 1990 vereinbarte Funktionszulage in Höhe von 8 % des Monatstabellenlohnes der Stufe 1 seiner Lohngruppe nach dem Tarifvertrag über die Gewährung einer Funktionszulage an Arbeiter der Universitäten vom 1. April 1971 weiter zu gewähren ist.

Die Beklagte hat ihren Klageabweisungsantrag damit begründet, die Parteien seien von der arbeitsvertraglich vereinbarten Gleichstellungsabrede in der Nebenabrede - mangels Tarifbindung des Klägers zulässigerweise - dadurch abgewichen, dass sie die Zahlung der Funktionszulage unter einen Widerrufsvorbehalt gestellt hätten. Die Einräumung eines Widerrufsvorbehalts für zusätzliche und freiwillige Leistungen sei im Arbeitsrecht üblich und mithin eine im Arbeitsrecht geltende Besonderheit. Das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB werde jedenfalls dann nicht verletzt, wenn der vorbehaltene Widerruf wie hier gemessen an der bisherigen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung wirksam gewesen wäre. Für das Tätigkeitsmerkmal des Mitarbeitens an Lehr- oder Forschungsaufgaben sei eine nur mittelbare Mitarbeit an Lehr- und Forschungsaufgaben, also eine Ausführung von Tätigkeiten, die auch an anderer Stelle außerhalb von Forschung und Lehre ausgeführt werden, nicht ausreichend. Die Tarifvertragsparteien hätten im TV Funktionszulage nicht auf eine Zuarbeit, sondern auf eine Mitarbeit in Forschung oder Lehre, also eine eigene wissenschaftliche Betätigung des Zulagebegünstigten, abgehoben. Bei allen bei ihr als Tierpfleger beschäftigten Mitarbeitern machten die sogenannten Basisarbeiten, die bei jeder Tierzucht anfallen, ca. 1/3 und die sogenannten Zuchtarbeiten ca. 2/3 der Arbeitszeit aus. Von den Zucht-



arbeiten diene nur ein kleiner Teil, nämlich maximal 25 %, der unmittelbaren Mitwirkung an Forschung und Lehre. Beim Kläger mache dieser Teil nur 17 % aus.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist begründet. Er hat weiterhin Anspruch auf die Funktionszulage gem. § 611 BGB iVm. der Nebenabrede vom 2. März 1990, weil diese von der Beklagten nicht wirksam widerrufen wurde.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Widerruf der Nebenabrede habe einen eventuellen Anspruch des Klägers auf die Funktionszulage zum Wegfall gebracht. Die Vereinbarung über die Widerruflichkeit der Funktionszulage greife nicht in den kündigungsrechtlich geschützten Kernbereich des Arbeitsverhältnisses ein. Sie unterliege zwar gemäß §§ 305 ff. BGB der AGB-Kontrolle. Auch sei ein Widerrufsvorbehalt, der nicht wenigstens rahmenmäßig die möglichen Widerrufsgründe benenne, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 308 Nr. 4, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB rechtsunwirksam. Dem stünden hier jedoch die Besonderheiten des Arbeitsrechts iSd. § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB entgegen. Es sei mit dem Zweck einer freiwilligen Leistung nicht vereinbar, wenn der Arbeitgeber sich vorab auf bestimmte Widerrufsgründe festlegen müsse. Auch die konkrete Ausübung des Widerrufs entspreche billigem Ermessen iSd. § 315 BGB. Der Kläger könne sich nicht auf die Nachwirkung des TV Funktionszulage gemäß § 4 Abs. 5 TVG berufen. Zwar sei zunächst auf Grund des als Gleichstellungsabrede auszulegenden § 2 des Arbeitsvertrags auch der TV Funktionszulage in Bezug genommen worden. Davon seien die Parteien jedoch durch die Vereinbarung der Widerrufsmöglichkeit abgerückt, was wegen der fehlenden Tarifbindung des Klägers ohne weiteres zulässig gewesen sei.

II. Dem folgt der Senat weder in der Begründung noch im Ergebnis.

1. Die Klage ist zulässig. Der Kläger hat an der mit Antrag Ziff. 2 begehrten Feststellung ein rechtliches Interesse (§ 256 ZPO). Streiten die Parteien darüber, ob der Arbeitgeber auf Grund eines vorbehaltenen Widerrufsrechts eine Änderung der Ar-



beitsbedingungen herbeiführen konnte, kann der Arbeitnehmer dies im Wege der Feststellungsklage klären lassen. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger mit seinem Antrag Ziff. 1 eine Leistungsklage bezüglich des für den Monat März 2003 zu zahlenden Betrags erhoben hat. Die Feststellungsklage, die sich auf die Zeit ab 1. April 2003 bezieht, ist ein geeignetes Mittel, um die Streitfrage einer grundsätzlichen Klärung zuzuführen (BAG 15. August 2000 - 1 AZR 458/99 -).

2. Dem Kläger steht über den 28. Februar 2003 hinaus der Anspruch auf die Funktionszulage zu.

a) Der Kläger erfüllt nach wie vor die Voraussetzungen des § 1 der Nebenabrede vom 2. März 1990 iVm. § 1 Abs. 1 TV Funktionszulage.

aa) Nach § 1 Abs. 1 TV Funktionszulage setzt der Anspruch auf eine Funktionszulage voraus, dass der jeweilige Arbeiter überwiegend an Lehr- oder Forschungsaufgaben mitarbeitet. „Mitarbeiten“ bedeutet, in einem bestimmten Bereich, an einem bestimmten Projekt oä. mit anderen zusammen tätig zu sein (*Duden Das große Wörterbuch der deutschen Sprache 3. Aufl. Stichwort „Mitarbeiten“*). Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung setzt dies nicht ein unmittelbares wissenschaftliches Tätigwerden des Klägers voraus. Die tierpflegerische Tätigkeit kann allenfalls die Voraussetzungen für die Forschungstätigkeit der wissenschaftlich ausgebildeten Mitarbeiter schaffen (vgl. BAG 21. Juni 1989 - 7 ABR 58/87 - BAGE 62, 156, 170). Der Kläger ist nicht als Wissenschaftler, sondern als Arbeiter bei der Beklagten eingestellt worden und wird als Tierpfleger eingesetzt. Die Funktionszulage knüpft an diese vom Kläger geschuldete tierpflegerische Tätigkeit an, lässt also die tarifliche Eingruppierung unberührt (vgl. BAG 10. November 1992 - 1 AZR 185/92 - AP LPVG NW § 72 Nr. 6), und verlangt im Fall des Klägers, dass die von ihm innerhalb des Berufsbildes des Tierpflegers ausgeübten Arbeiten überwiegend - also zu mehr als 50 % seiner Arbeitszeit - in der Mitarbeit an Lehr- oder Forschungsaufgaben bestehen.

Für die Abgrenzung der allgemeinen tierpflegerischen Aufgaben von der Mitarbeit an Lehr- und Forschungsaufgaben kann die Verordnung über die Berufsausbildung zum Tierpfleger/zur Tierpflegerin vom 3. Juli 2003 (BGBl. I S. 1093, im Folgenden VO) herangezogen werden. § 3 Abs. 1 VO regelt zunächst, welche Kenntnisse und Fertigkeiten jeder Auszubildende für den Beruf des Tierpflegers erwerben muss. § 3 Abs. 2 VO bestimmt sodann, welche Fertigkeiten und Kenntnisse die Auszubildenden,



die die Fachrichtung Forschung und Klinik gewählt haben, mindestens erlangen müssen, nämlich

1. Diagnostik bei Tieren,
2. Mitwirken bei Behandlungen und Eingriffen,
3. Haltung, Pflege und Zucht von hygienisch und genetisch definierten Tieren,
4. Qualitätsmanagement,
5. Hygienemanagement,
6. prozessbezogene Arbeitstechniken.

bb) Vor diesem Hintergrund ist die Tätigkeit des Klägers in vollem Umfang, jedenfalls aber überwiegend, als Mitarbeit an Lehr- und Forschungsaufgaben anzusehen. Der Kläger ist zu jeweils ein Drittel seiner Arbeitszeit mit Dokumentations-, Zucht- und sogenannten Basisarbeiten betraut. Diese werden von § 3 Abs. 2 Nr. 2, 3 und 6 VO erfasst. Für die vom Arbeitsgericht vorgenommene Einschränkung, wonach als Mitarbeit an Lehr- oder Forschungsaufgaben nur eine Tätigkeit einzuordnen ist, die nicht mit einer Tätigkeit verbunden ist, wie sie jeder Tierpfleger zu verrichten hat, lassen sich dem TV Funktionszulage keine Anhaltspunkte entnehmen. Vielmehr sind auch die von den Parteien als Basisarbeiten bezeichneten Tätigkeiten (Raumreinigung, Füttern und Tränken der Tiere) als Mitarbeit an Forschung und Lehre anzusehen, da der Kläger sie in Bezug auf speziell zu Versuchszwecken gezüchtete transgene Ratten zu erbringen hat. Auch § 3 Abs. 2 Nr. 3 VO geht davon aus, dass die Haltung, Pflege und Zucht von hygienisch und genetisch definierten Tieren besondere Fertigkeiten und Kenntnisse voraussetzt. Die sachliche Berechtigung dieser Differenzierung ergibt sich auch im Hinblick darauf, dass der Kläger bei den Basisarbeiten besonderen Anforderungen und einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab unterliegt, er beispielsweise Schutzkleidung und Handschuhe tragen muss.

cc) Selbst wenn die vom Kläger vorzunehmende tierpflegerische Basisversorgung nicht zur Mitarbeit an Forschung und Lehre gerechnet würde, verbliebe ein Arbeitszeitanteil von jedenfalls über 60 % an sonstigen Tätigkeiten, die der Kläger auf Anforderung der Beklagten im Einzelnen aufgeschlüsselt hat. Die Beklagte hat hierzu nur vorgetragen, dass der Auswertungsbogen auf Angaben des Klägers beruhe, die sie nicht überprüft habe. Sollte dies ein Bestreiten der Angaben des Klägers darstellen, so wäre



dies nicht ausreichend. Dies hätte die Geständnisfiktion des § 138 Abs. 3 ZPO zur Folge. Hat sich der Kläger substantiiert geäußert, so obliegt es gem. § 138 Abs. 2 ZPO der beklagten Partei, zu den einzelnen Behauptungen gezielt Stellung zu nehmen (*MünchKommZPO-Peters 2. Aufl. § 138 Rn. 19 f.*). Die Behauptung der Beklagten, weder das Führen von Genpapieren noch die Verabreichung von Medikamenten, die Zusammenstellung von Tiergruppen nach Wiegelisten, die Einrichtung von Käfigen, die Markierung von Tieren und die Vornahme von Verpaarungen seien als Mitarbeit an Forschung und Lehre anzusehen, beruht auf der unrichtigen Rechtsansicht der Beklagten, eine solche Mitarbeit setze eine eigene wissenschaftliche Betätigung des Klägers voraus.

b) Ob der Widerrufsvorbehalt in § 5 der Nebenabrede unter Berücksichtigung von §§ 307, 308 Nr. 4, § 310 BGB weiterhin wirksam ist, kann dahinstehen. Auch wenn hiervon zugunsten der Beklagten ausgegangen wird, ist der Widerruf der Nebenabrede vom 24. Februar 2003 deshalb unwirksam, weil er ohne die vorherige Mitbestimmung des Personalsrats gem. § 87 Nr. 3 iVm. § 79 Abs. 1 des Personalvertretungsgesetzes Berlin (PersVG Berlin) erfolgte.

Diese Vorschriften lauten wie folgt:

„§ 79

Mitbestimmung

- (1) Soweit eine Maßnahme der Mitbestimmung der Personalvertretung unterliegt, bedarf sie ihrer vorherigen Zustimmung.

§ 87

Angestellte und Arbeiter

In Angelegenheiten der Angestellten und Arbeiter bestimmt der Personalrat mit bei

...

3. Gewährung von Leistungs- und Funktionszulagen,“

aa) § 87 PersVG Berlin regelt das Mitbestimmungsrecht des Personalsrats bei personellen Einzelmaßnahmen (*Germelmann/Binkert PersVG Berlin § 87 Rn. 1 und 5*). Bei der in der Nebenabrede vom 2. März 1990 vereinbarten Zulage handelt es sich um eine Funktionszulage iSd. § 87 Nr. 3 PersVG Berlin, denn die Zulage ist an die Wahr-



nehmung bestimmter Aufgaben gebunden (*Germelmann/Binkert aaO Rn. 58*). Unerheblich ist, ob sie nur auf Widerruf gewährt wird (*Germelmann/Binkert aaO Rn. 56*).

Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Nr. 3 PersVG Berlin besteht nicht nur bei der Frage, welchen Angestellten oder Arbeitern eine Funktionszulage gewährt werden soll, sondern auch bei der Entscheidung über den Entzug einer bisher gewährten Funktionszulage. Die Einstellung der Zulagengewährung stellt als „actus contrarius“ (*Dembowski/Ladwig/Sellmann Personalvertretungsrecht Niedersachsen Stand Dezember 2004 § 65 Rn. 136*) eine negative Entscheidung hinsichtlich der Zulagengewährung dar (*Niedersächsisches OVG 19. März 1997 - 18 L 850/96 - PersR 1998, 165*). Eine solche wird nach Sinn und Zweck der Nr. 3 des § 87 PersVG Berlin von dem Mitbestimmungsrecht erfasst. § 87 Nr. 3 PersVG Berlin soll es dem Personalrat ermöglichen, darauf zu achten, dass die einschlägigen tariflichen und gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden und der Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet wird (*Germelmann/Binkert aaO Rn. 56*). Diese Aufgabe besteht bei der Gewährung wie beim Entzug einer Funktionszulage gleichermaßen (*ebenso LAG Berlin 21. Februar 1989 - 3 Sa 101/88 - ZTR 1989, 247; Niedersächsisches OVG 19. März 1997 - 18 L 850/96 - aaO; Fischer/Goeres in Fürst GKÖD Band V Stand November 2004 K § 75 Rn. 60 zu § 75 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BPersVG; offen gelassen von OVG Berlin 28. August 2001 - OVG 60 PV 5.01 - PersV 2003, 71, 72; aA Bieler/Müller-Fritzsche Niedersächsisches Personalvertretungsgesetz (NPersVG) 10. Aufl. § 65 Rn. 86 zu § 65 Abs. 2 Nr. 2 NPersVG*).

bb) Der Kläger hat vorgetragen, dass es an der notwendigen Mitwirkung des Personalrats der Beklagten bei Ausspruch des Widerrufs der Funktionszulage gefehlt habe. Die hierfür darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat zur notwendigen Beteiligung des Personalrats nichts vorgetragen. Folglich ist davon auszugehen, dass die Beklagte entgegen § 79 Abs. 1 PersVG Berlin nicht die vorherige Zustimmung des Personalrats zum geplanten Widerruf der Funktionszulage des Klägers eingeholt hat. Beachtet die Dienststelle bestehende Mitbestimmungsrechte der Personalvertretung nicht und führt sie einseitig Maßnahmen durch, so sind diese und sämtliche damit verbundenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen unwirksam (*Germelmann/Binkert PersVG Berlin § 79 Rn. 56*). Dem steht die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*29. Januar 1986 - 4 AZR 279/84 - AP BPersVG § 75 Nr. 17*), wonach eine rechtsgrundlos gezahlte Zulage eingestellt werden kann, ohne dass es hierzu der Mitbestim-



mung des Personalrats bedarf, nicht entgegen, weil die Zulage, wie schon dargelegt, mit Rechtsgrund erbracht worden ist.

c) Selbst wenn aber zugunsten der Beklagten die Wirksamkeit des erklärten Widerrufs der Nebenabrede unterstellt würde, würde sich der Anspruch des Klägers auf die Zulage wieder aus § 2 Abs. 1 des Arbeitsvertrags iVm. § 1 Abs. 1 TV Funktionszulage ergeben.

aa) Gem. § 2 Abs. 1 des Arbeitsvertrags finden neben dem BMT-G II auch die zusätzlich abgeschlossenen Tarifverträge in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. Der TV Funktionszulage ist, wie sich aus § 1 Abs. 1 des Tarifvertrags ergibt, ein solch zusätzlich abgeschlossener Tarifvertrag iSd. § 2 Abs. 1 des Arbeitsvertrags.

§ 2 des Arbeitsvertrags enthält mit seiner Bezugnahme eine Gleichstellungsabrede. Eine solche ist bei der hier gegebenen dynamischen Bezugnahme auf die einschlägigen Tarifverträge in dem vom tarifgebundenen Arbeitgeber vorformulierten Vertrag typischerweise gewollt (*BAG 26. September 2001 - 4 AZR 544/00 - BAGE 99, 120*). Die Gleichstellungsabrede hat zur Folge, dass der Arbeitnehmer unabhängig von seiner Tarifgebundenheit an der Tarifentwicklung des in Bezug genommenen Tarifvertrages teilnimmt, wie wenn er tarifgebunden wäre (*BAG 26. September 2001 - 4 AZR 544/00 - aaO*). Für mit dem Kläger vergleichbare schon bei Abschluss des Arbeitsvertrags tarifgebundene Arbeitnehmer wirkt der TV Funktionszulage nach Kündigung seitens des Arbeitgeberverbandes zum 31. Dezember 2001 gem. § 4 Abs. 5 TVG nach. Diese Nachwirkung gilt auf Grund der Gleichstellungsabrede auch für den Kläger (*BAG 27. Januar 1987 - 1 ABR 66/85 - BAGE 54, 147, 159; 9. Dezember 1981 - 4 AZR 312/79 - BAGE 37, 228, 233; 29. Januar 1975 - 4 AZR 218/74 - BAGE 27, 22, 32; Däubler/Lorenz TVG § 3 Rn. 244; Gamillscheg Kollektives Arbeitsrecht Band I S. 734; Löwisch/Rieble TVG 2. Aufl. § 3 Rn. 297 f.; Wiedemann/Oetker TVG 6. Aufl. § 3 Rn. 247; aA Kempen/Zachert TVG 3. Aufl. § 3 Rn. 96*). Von dieser Rechtslage ist offensichtlich auch der Rechnungshof von Berlin in seiner Beurteilung der Zulagengewährung vom 22. Januar 2002 ausgegangen, wenn er ausführt, die zulagebedingten Mehrausgaben würden auf Grund der Nachwirkung des Tarifvertrags auf unabsehbare Zeit weiter bestehen, weshalb die im zuständigen Arbeitgeberverband vertretenen Senatsmitglieder auf einen möglichst umgehenden schrittweisen Abbau der Zulage durch eine Anschlussvereinbarung dringen sollten.



bb) Nach § 5 der Nebenabrede soll deren Widerruf jederzeit ohne Einhaltung einer Frist ausgesprochen werden können, ohne dass der Arbeitsvertrag hierdurch berührt wird.

(1) Bei der Nebenabrede vom 2. März 1990 handelt es sich um einen Formularvertrag, der von der Beklagten für eine Vielzahl von Fällen gleichlautend verwendet wurde und deshalb über das Arbeitsverhältnis der Parteien hinaus Bedeutung hat. Derartige typische Vertragsklauseln sind wie Rechtsnormen zu behandeln, ihre Auslegung kann vom Revisionsgericht ohne Einschränkung überprüft werden (*BAG 30. August 2000 - 4 AZR 581/99 - BAGE 95, 296*). Diesem Prüfungsmaßstab hält die Auslegung des § 5 der Nebenabrede durch das Landesarbeitsgericht nicht stand.

(2) Zwar ist dem Landesarbeitsgericht darin zuzustimmen, dass die Arbeitsvertragsparteien tarifrechtlich nicht gehindert gewesen wären, in der Nebenabrede den Anspruch des - zum damaligen Zeitpunkt nicht tarifgebundenen - Klägers auf Zahlung der tariflichen Funktionszulage auszuschließen. Da die Bezugnahmeklausel dazu führt, dass der Inhalt des in Bezug genommenen Tarifvertrags als Inhalt des Arbeitsvertrags gilt (*BAG 4. März 1993 - 2 AZR 507/92 - AP BGB § 613a Nr. 101 = EzA BGB § 613a Nr. 107*), führt sie nicht zu einer zwingenden Wirkung der Tarifnormen iSd. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG (*Kleinebrink ArbRB 2004, 22, 25*). Rechte aus einer arbeitsvertraglichen Inbezugnahme eines Tarifvertrags können also einzelvertraglich gegenüber nicht organisierten Arbeitnehmern auch schon zu einem Zeitpunkt für den Arbeitnehmer verschlechternd abgeändert werden, zu dem die zwingende Wirkung des Tarifvertrags gem. § 3 Abs. 3 TVG einer entsprechenden einzelvertraglichen Regelung bei einem organisierten Arbeitnehmer noch entgegenstünde (*vgl. BAG 18. August 1988 - 6 AZR 361/86 - BAGE 59, 224, 229*).

(3) Entgegen der vom Landesarbeitsgericht vertretenen Auffassung führt die Auslegung von § 5 der Nebenabrede gem. §§ 133, 157 BGB aber nicht dazu, dass ein wirksamer Widerruf der Nebenabrede den Anspruch des Klägers auf Zahlung der Funktionszulage auch dann entfallen ließ, wenn die tatbestandlichen Leistungsvoraussetzungen nach § 1 Abs. 1 TV Funktionszulage weiterhin gegeben waren. Nach dem Wortlaut von § 5 Satz 2 der Nebenabrede soll deren Widerruf vielmehr wieder zu dem Rechtszustand führen, wie er vor Abschluss der Nebenabrede bestanden hat und wie er im schriftlichen Arbeitsvertrag geregelt ist. Der vom Landesarbeitsgericht vorgekommenen Auslegung des § 5 der Nebenabrede, nach der ein wirksamer Widerruf



zum Verlust des Anspruchs des Klägers auf die Funktionszulage auch bei weiterem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen hierfür führen würde, steht jedenfalls die sogenannte Unklarheitenregel entgegen. Sie besagt, dass der Verfasser Allgemeiner Geschäftsbedingungen Zweifel der Auslegung gegen sich gelten lassen muss, wenn zwei verschiedene Auslegungen denkbar sind, von denen die eine seinem Vertragsgegner günstiger ist (vgl. BAG 30. Oktober 1984 - 3 AZR 587/82 -). Bei den in der Nebenabrede formulierten Vertragsbedingungen handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen iSd. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Unklarheitenregel war schon vor In-Kraft-Treten des AGBG allgemein anerkannt. Sie galt auch für Formulararbeitsverträge (BAG 18. August 1998 - 1 AZR 589/97 - NZA 1999, 659) und ist nunmehr in § 305c Abs. 2 BGB normiert. Nach ihr ist die Widerrufsklausel in § 5 der Nebenabrede dahingehend auszulegen, dass bei Ausübung des Widerrufs der ursprüngliche Arbeitsvertrag vom 2. November 1989 wieder uneingeschränkt gelten soll, was zur weiteren Anwendbarkeit auch von § 1 TV Funktionszulage führt.

d) Die Funktionszulage ist mit 166,63 Euro brutto (8 % von 2.082,85 Euro brutto als maßgeblichem Monatstabellenlohn) für März 2003 zwischen den Parteien unstreitig.

e) Zum Zinsantrag hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt, dass er 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz begehrt (vgl. zur Beachtlichkeit dieser Antragskorrektur BAG 31. Oktober 1995 - 1 AZR 276/95 - AP BetrVG 1972 § 87 Lohngestaltung Nr. 80). Der Anspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 BGB iVm. §§ 262, 253 ZPO.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Die in der Berufungsinstanz zurückgenommene Mehrforderung für März 2003 wirkte gem. § 12 Abs. 7 Satz 2 Halbsatz 2 aF ArbGG nicht streitwerterhöhend und hat keine höheren Kosten veranlasst.

Dr. Freitag

Fischermeier

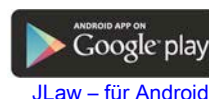
Brühler

Schaeff

Großmann



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)





JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)