
Datum: 13.09.2007
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 17. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 Sa 765/07
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2007:0913.17SA765.07.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bochum, 5 Ca 2300/06
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 5 AZR 860/07 Vergleich 06.08.2008
Schlagworte: Höhe des Ortszuschlages der bei der Arbeiterwohlfahrt beschäftigten Arbeitnehmerin, wenn der Ehemann in einem Arbeitsverhältnis steht, das zum 01.10.2005 in den TVöD-VKA überführt wurde
Normen: §§ 1, 2 Übergangstarifvertrag AWO vom 23.12.2004 i.V.m. §§ 26 BMT-AW II, 29 BAT

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bochum vom 04.04.2007 - 5 Ca 2300/06 - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 916,38 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 610,92 € seit dem 12.10.2006 und aus weiteren 305,46 € seit dem 01.04.2007 zu zahlen.

Im Übrigen wird der Zahlungsantrag zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand	1
Die Parteien streiten über die Höhe des der Klägerin zustehenden Ortszuschlages.	2
Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsverhältnis, auf das die tariflichen Bestimmungen für die Arbeitnehmer der Arbeiterwohlfahrt anwendbar sind.	3
Die Vereinte Dienstleistungsgesellschaft (ver.di) und u.a. der Arbeiterwohlfahrt-Bundesverband e.V. mit Vollmacht für sämtliche Gliederungen der Arbeiterwohlfahrt in dem Teil der Bundesrepublik Deutschland und Berlins, in dem bereits vor dem 03.10.1990 das Grundgesetz galt, schlossen einen Übergangstarifvertrag vom 23.12.2004 u.a. mit folgendem Inhalt:	4
Präambel	5
Die Tarifvertragsparteien verfolgen mit dem Abschluss dieses Übergangstarifvertrages vorrangig folgende Ziele:	6
Zum einen soll für die gegenwärtig und zukünftig Beschäftigten in den Gliederungen der Arbeiterwohlfahrt wieder ein Flächentarifvertrag die rechtliche Grundlage für die Regelungen ihrer Arbeitsverhältnisse sein. Der Übergangstarifvertrag symbolisiert die Verantwortung und Partnerschaft aller Beteiligten.	7
Zum anderen soll die Laufzeit des Übergangstarifvertrages genutzt werden, um über einen Reformtarifvertrag zu verhandeln, der sowohl den Interessen der Beschäftigten als auch den geänderten Rahmenbedingungen in der Wohlfahrtspflege Rechnung trägt.	8
§ 1	9
Ersetzungsvereinbarungen	10
Dieser Tarifvertrag ersetzt die folgenden, bis zum 31.03.2004 geltenden Tarifverträge:	11
Bundes-Manteltarifvertrag für die Arbeitnehmer der Arbeiterwohlfahrt-BMT-AW II	12
Alle in den Ziffern 1 bis 8 genannten tarifvertraglichen Bestimmungen entfallen.	13 14
§ 2	15
Geltungsbereich, Inhalts-, Änderungs- bzw. Ergänzungsvereinbarungen	16
Der normative Inhalt dieses Übergangstarifvertrages bestimmt sich nach dem Text der ehemaligen Bestimmungen der in § 1 genannten Tarifverträge in ihren jeweils am 31.03.2004 gültigen Fassungen mit den nachfolgenden Änderungen bzw. Ergänzungen.	17
9. Die Tarifvertragsparteien vereinbaren die umgehende Aufnahme von Verhandlungen für den Fall, dass es im öffentlichen Dienst zu neuen tariflichen Regelungen kommt.	18
Diese Frage ist insbesondere mit Blick auf öffentliche Landes- und Bundesförderung und das Besserstellungsverbot wichtig.	19

Gemäß § 23 (1) BMT-AW II besteht die Vergütung des Angestellten aus der Grundvergütung (§ 24) und dem Ortszuschlag (§ 26).

In § 26 BMT-AW II ist der Ortszuschlag wie folgt geregelt: 22

1. Für den Ortszuschlag gelten die Bestimmungen der § 29 und 32 Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) in der jeweils geltenden Fassung. 23
2. Die Höhe des Ortszuschlages richtet sich nach der jeweiligen Vergütungsgruppe und nach der für den einzelnen Familienstand vorgesehenen Stufe.
3. Der Ortszuschlag wird nach der dem Vergütungs- und Lohntarifvertrag beigefügten Tabelle gewährt.

§ 29 BAT lautet wie folgt: 24

A. Grundlage des Ortszuschlages 25

1. Die Höhe des Ortszuschlages richtet sich nach der Tarifklasse, der die Vergütungsgruppe des Angestellten zugeteilt ist (Abs. 2), und nach der Stufe, die den Familienverhältnissen des Angestellten entspricht (Abschnitt B). 26

27

B. Stufen des Ortszuschlages 28

2. Zur Stufe 2 gehören: 30

1. Verheiratete Angestellte 31

32

5. Steht der Ehegatte eines Angestellten als Angestellter, Beamter, Richter oder Soldat im öffentlichen Dienst oder ist er aufgrund einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst nach beamtenrechtlichen Grundsätzen versorgungsberechtigt und stünde ihm ebenfalls der Familienzuschlag der Stufe 1 oder einer der folgenden Stufen, der Ortszuschlag der Stufe 2 oder einer der folgenden Stufen oder eine entsprechende Leistung in Höhe von mindestens der Hälfte des Unterschiedsbetrages zwischen der Stufe 1 und der Stufe 2 des Ortszuschlages der höchsten Tarifklasse zu, erhält der Angestellte den Unterschiedsbetrag zwischen der Stufe 1 und der Stufe 2 des für ihn maßgebenden Ortszuschlages zur Hälfte; 33

34

35

Der Ehemann der Klägerin ist im öffentlichen Dienst tätig. Sein Arbeitsverhältnis wurde mit Wirkung zum 01.10.2005 in den TVöD-VKA übergeführt. Zu diesem Zwecke wurde bei ihm ein Vergleichsentgelt gebildet, in das u.a. der von ihm bezogene Ortszuschlag nach folgender Regelung eingeflossen ist: 36

§ 5 TVÜ-VKA 37

Vergleichsentgelt 38

39

2. Bei Beschäftigten aus dem Geltungsbereich des BAT/BAT-O/BAT-Ost-Deutsche Sparkassen setzt sich das Vergleichsentgelt aus der Grundvergütung, allgemeiner Zulage und Ortszuschlag der Stufe 1 oder 2 zusammen. Ist auch eine andere Person im Sinne von § 29 Abschnitt B Abs. 5 BAT/BAT-O/BAT-Ost-Deutsche Sparkassen zuschlagsberechtigt oder nach beamtenrechtlichen Grundsätzen familienzuschlagsberechtigt, wird nur die Stufe 1 zugrunde gelegt; findet der TVöD am 01.10.2005 auch auf die andere Person Anwendung, geht der jeweils individuell zustehende Teil des Unterschiedsbetrages zwischen den Stufen 1 und 2 des Ortszuschlags in das Vergleichsentgelt ein.

Der Ehemann der Klägerin wurde mit der Stufe 1 des § 29 B Abs. 2 Ziffer 1 BAT entgeltmäßig übergeführt. 40

Die Beklagte zahlte an die Klägerin über den 01.10.2005 hinaus einen Ortszuschlag nach der Stufe 1 zuzüglich der Hälfte des Unterschiedsbetrages zwischen der Stufe 1 und der Stufe 2 des für sie maßgebenden Ortszuschlages. Die monatliche Differenz zur Ortszuschlagsstufe 2 beträgt 50,91 €. 41

Mit Schreiben vom 13.01.2006 (Bl. 6 d.A.) informierte die Klägerin die Beklagte von der Bildung des Vergleichsentgeltes ihres Ehemannes unter Berücksichtigung der Ortszuschlagsstufe 1 und begehrte die Zahlung des vollen Verheiratetenzuschlags. 42

Mit Schreiben vom 06.10.2006 (Bl. 3 d.A.) wiederholte sie ihr Begehren und machte die Differenz von 50,91 € monatlich für 13 Monate geltend. 43

Mit ihrer am 22.10.2006 bei dem Arbeitsgericht Bochum eingegangenen Klage verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter, nachdem die Beklagte den Anspruch mit Schreiben vom 11.10.2006 (Bl. 4 d.A.) ablehnte. 44

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen des § 29 Abschnitt B Abs. 5 BAT lägen nicht mehr vor, da bei ihrem Ehemann zur Ermittlung des Vergleichsentgeltes lediglich ein Ortszuschlag nach der Stufe 1 berücksichtigt worden sei. 45

Sie hat beantragt, 46

1. die Beklagte zu verurteilen, 916,38 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB aus 661,83 € ab dem 12.10.2006 und aus weiteren 254,55 € ab dem 01.04.2007 zu zahlen, 47
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, an sie den vollen Ortszuschlag im Sinne von § 26 BAT-AW II i.V.m. § 29 Abschnitt B Abs. 2 Nr. 1 BAT zu zahlen. 48

Die Beklagte hat beantragt, 48

die Klage abzuweisen. 49

Sie hat behauptet, das Familieneinkommen der Klägerin habe sich nicht vermindert, da der ehemalige Ortszuschlag ihres Ehemannes im Wege der Besitzstandswahrung in das Vergleichsentgelt eingeflossen sei. 50

Sie hat die Auffassung vertreten: 51

§ 26 BMT-AW II sei aufgrund des § 5 Abs. 2 TVÜ-VKA lückenhaft geworfen. Diese Lücke sei im Wege der Rechtsanalogie zu schließen. 52

Für die Tarifvertragsparteien des BMT-AW II sei der Fortfall des Ortszuschlages im öffentlichen Dienst nicht vorhersehbar gewesen. Um eine ungerechtfertigte Erhöhung des Familieneinkommens zu verhindern, sei die Lücke dahin zu schließen, dass die Klägerin weiterhin nur den 1 ½-fachen Ortszuschlag begehren könne.	53
Mit Urteil vom 04.04.2007 hat das Arbeitsgericht Bochum die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 916,38 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 661,83 € seit dem 12.10.2006 und aus weiteren 254,55 € seit dem 01.04.2007 zu zahlen, und hat festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin den vollen Ortszuschlag im Sinne von § 26 BMT-AW II i.V.m. § 29 Abschnitt B Abs. 2 Nr. 1 BAT zu zahlen.	54
Es hat ausgeführt:	55
Die Klägerin habe Anspruch auf einen monatlichen Ortszuschlag der Stufe 2 und damit für die Vergangenheit auf Zahlung einer monatlichen Differenz von 50,91 €.	56
Die Kürzungsregelung des § 29 Abschnitt B Abs. 5 Satz 1 BAT greife nicht ein. Ihr Ehemann stehe zwar im öffentlichen Dienst, er habe aber keinen Anspruch auf Zahlung des Ortszuschlages der Stufe 2, da der TVöD-VKA kein dem Ortszuschlag entsprechendes Entgelt regle.	57
Ihm stehe auch keine entsprechende Leistung im Sinne von § 29 Abschnitt B Abs. 5 BAT zu. Leistungen seien dann vergleichbar, wenn das Entgeltsystem, nach dem der Arbeitnehmer vergütet werde, Komponenten enthalte, die dem Ortszuschlag nach den Vorschriften des BMT-AW II gleichwertig seien. Die an den Ehemann gezahlte "Besitzstandszulage", die ein Mindestgehalt auf dem vorherigen Niveau gewährleiste, weise keine Vergleichbarkeit auf, insbesondere dann nicht, wenn dadurch nicht dem veränderlichen, durch die aktuellen familiären Verhältnisse begründeten Bedarf Rechnung getragen werde. Die "Besitzstandszulage" nach § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA in Höhe des Ortszuschlages der Stufe 1 diene allein der Besitzstandswahrung und enthalte keine familienbezogene Komponente. Sie stelle nur einen Rechenfaktor für die erstmalige Eingruppierung in eine Stufe der Entgelttabelle nach § 16 TVöD-VKA dar. Dieser Rechenfaktor und damit die Einordnung in eine Entgeltgruppe blieben unabhängig vom weiteren Bestand der Ehe und der Entwicklung der Familie erhalten.	58
Nachdem der Ehemann der Klägerin keinen Ortszuschlag mehr erhalte, habe sie Anspruch auf einen Ortszuschlag der Stufe 2.	59
Das Bezugnahmeobjekt (BAT) für § 26 BMT-AW II sei durch Einführung des TVöD nicht entfallen. § 26 BMT-AW II verweise dynamisch auf die Regelungen des BAT, jedoch nicht auf den diesen Tarifvertrag ersetzenden TVöD. Mangels Weiterentwicklung des BAT sei die Bezugnahme statisch geworden.	60
Die Fortgeltung der in Bezug genommenen Regelung stelle auch keinen Eingriff in die Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien des BMT-AW II dar, da diese die Gestaltung des Ortszuschlages durch die Bezugnahmeregelung vollumfänglich aus der Hand gegeben hätten. Es liege in ihrer Tariftmacht, die Regelung zu ändern.	61
Eine Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des Ortszuschlages nach der Stufe 2 stelle auch keine nicht gerechtfertigte Besserstellung von Arbeitnehmern mit Ehegatten, die im öffentlichen Dienst beschäftigt sind, gegenüber solchen dar, deren Ehegatten nicht im	62

öffentlichen Dienst beschäftigt werden. Denn die Zahlungsverpflichtung folge allein aus der Anwendung des bei der Beklagten bestehenden Tarifrechtes.	
Der Zinsanspruch folge aus §§ 280 Abs. 2, 286, 288, 291 BGB.	63
Der Feststellungsantrag sei zulässig und aus den dargestellten Gründen begründet.	64
Wegen der weiteren Einzelheiten des Tatbestandes und der Entscheidungsgründe wird auf das erstinstanzliche Urteil vom 04.04.2007 (Bl. 56 bis 65 d.A.) verwiesen.	65
Gegen das ihr am 19.04.2007 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 27.04.2007 bei dem Landesarbeitsgericht eingehend Berufung eingelegt und diese am 11.06.2007 eingehend begründet.	66
Unter Verweisung auf ein Urteil des Arbeitsgerichts Herne vom 24.04.2007 (2 Ca 265/07, Bl. 81 bis 84 d.A.) vertritt die Beklagte die Auffassung, mit Einführung des TVöD-VKA sei unter Berücksichtigung des § 5 Abs. 2 TVÜ-VKA § 26 BMT-AW II lückenhaft geworden. Unstreitig erhalte der Ehemann der Klägerin seit dem 01.10.2005 keinen Ortszuschlag mehr. Zuvor sei dieser jedoch gezahlt worden und sei der Wortlaut des § 29 Abschnitt B Abs. 5 BAT erfüllt gewesen.	67
Zum Zeitpunkt der Vereinbarung des BMT-AW II 1977 seien die Tarifvertragsparteien davon ausgegangen, dass die Beschäftigten der Arbeiterwohlfahrt in Anlehnung an den öffentlichen Dienst vergütet werden sollten. Deswegen sei in den BMT-AW II ein Anspruch auf Zahlung eines Ortszuschlages unter Verweisung auf den BAT aufgenommen worden. Dabei hätten die Tarifvertragsparteien schlicht nicht bedacht, dass sich die Vergütungsregelungen im öffentlichen Dienst ändern würden und der seit altersher gezahlte Ortszuschlag entfallen könnte.	68
Das Bezugnahmeobjekt BAT sei zum 01.10.2005 entfallen. Danach sei sie überhaupt nicht mehr verpflichtet, einen Ortszuschlag zu leisten. Die Fortzahlung in unveränderter Höhe erfolge, um die Klägerin nicht schlechter zu stellen als zum Zeitpunkt der Geltung des BAT.	69
Die Beklagte beantragt,	70
das Urteil des Arbeitsgerichts Bochum vom 04.04.2007, zugestellt am 19.04.2007, AZ: 570a/2300/06, abzuändern und die Klage abzuweisen.	
Die Klägerin beantragt,	72
die Berufung zurückzuweisen.	73
Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil.	74
Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.	75
Entscheidungsgründe	76
I.	77
Die gemäß §§ 64 Abs. 2 b, 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO an sich statthafte und form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist im Wesentlichen unbegründet.	78
	79

1. Der auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Ortszuschlägen für die Zeit vom 01.10.2005 bis zum 31.03.2007 in unstreitiger Höhe von 916,38 € gerichtete Zahlungsantrag ist zulässig und hinsichtlich der Hauptforderung in vollem Umfang, hinsichtlich der Nebenforderung überwiegend begründet.	
a) Der Anspruch auf Zahlung von 916,38 € folgt aus §§ 23 Abs. 1 b, 26 Abs. 1 BMT-AW II.	80
aa) Unstreitig sind die für die Beklagte geltenden tariflichen Bestimmungen auf das Arbeitsverhältnis anwendbar.	81
Der BMT-AW II ist zwar gemäß § 1 Ziffer 1 des Übergangstarifvertrages vom 23.12.2004 durch diesen Tarifvertrag ersetzt worden. Gemäß § 2 des Übergangstarifvertrages bestimmt sich jedoch dessen normativer Inhalt nach dem Text des BMT-AW II in der am 31.03.2004 gültigen Fassung mit den Änderungen und Ergänzungen des Übergangstarifvertrages. Bezüglich der Zahlung des Ortszuschlages enthält dieser keine abweichende Bestimmung.	82
bb) Gemäß § 29 Abschnitt B Abs. 2 Ziffer 1 BAT haben verheiratete Arbeitnehmer Anspruch auf einen Ortszuschlag nach der Stufe 2.	83
Die Klägerin ist verheiratet.	84
Gemäß § 29 Abschnitt B Abs. 5 BAT erhält der Angestellte den Unterschiedsbetrag zwischen der Stufe 1 (§ 29 Abschnitt B Abs. 1 BAT) und der Stufe 2 (§ 29 Abschnitt B Abs. 2 Ziffer 1 BAT) des für ihn maßgeblichen Ortszuschlags nur zur Hälfte, wenn sein Ehegatte u.a. als Angestellter im öffentlichen Dienst tätig ist und ihm ebenfalls der Ortszuschlag der Stufe 2 oder einer der folgenden Stufen oder eine entsprechende Leistung in Höhe von mindestens der Hälfte des Unterschiedsbetrages zwischen der Stufe 1 und der Stufe 2 des Ortszuschlages in der höchsten Tarifklasse zusteht.	85
Der Ehemann der Klägerin ist Angestellter im öffentlichen Dienst. Auf sein Arbeitsverhältnis ist seit dem 01.10.2005 der TVöD-VKA anwendbar. Auch insoweit besteht kein Streit zwischen den Parteien.	86
Der TVöD-VKA kennt jedoch keinen Anspruch auf Zahlung eines Ortszuschlages (vgl. Bredendiek/Fritz/Tewes, Neues Tarifrecht im öffentlichen Dienst, ZTR 2005, 230; Böhle/Poschke, Das neue Tarifrecht für den öffentlichen Dienst – Teil 2, ZTR 2005, 286; Litschen, Das Tarifrecht der Beschäftigten im öffentlichen Dienst, Vergleichsentgelt § 5 TVÜ-VKA Rdnr. 4; Breier/Dessau/Kiefer/Lang/Langenbrink, TVöD, § 5 TVÜ-VKA Rdnr. 7 Beispiel 2). Allein zur Besitzstandswahrung ist für den Ehegatten der Klägerin gemäß § 5 Abs. 1, Abs. 2 TVÜ-VKA ein Vergleichsentgelt unter Berücksichtigung eines Ortszuschlages der Stufe 1 gebildet worden.	87
Der Ehegatte der Klägerin erhält auch keine vergleichbare Leistung im Sinne des § 29 Abschnitt B Abs. 5 BAT. Zu Recht verweist das erstinstanzliche Gericht darauf, dass der Ortszuschlag im Rahmen der Vergleichsentgeltbildung lediglich einen Rechenfaktor für die erstmalige Eingruppierung in eine Stufe der Entgelttabelle nach § 16 TVöD-VKA darstellt. Der Rechenfaktor ist im Weiteren von dem Bestand der Ehe und der Entwicklung der Familie nicht abhängig.	88
Eine Konkurrenz im Sinne des § 29 Abschnitt B Abs. 5 BAT besteht damit zwischen den Eheleuten nicht mehr.	89
	90

Nach der Systematik der Vorschrift ist die Klägerin ab dem 01.10.2005 berechtigt, einen Ortszuschlag nach der Stufe 2 zu verlangen.

cc) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist ein Anspruch nicht aufgrund ergänzender Auslegung des § 26 BMT-AW II zu verneinen. 91

Zwar sind tarifliche Regelungen grundsätzlich einer ergänzenden Auslegung zugänglich. Diese kommt jedoch dann nicht in Betracht, wenn die Tarifvertragsparteien eine regelungsbedürftige Frage bewusst ungeregelt lassen und dies in einer entsprechenden Auslassung seinen Ausdruck findet. Im Falle einer unbewussten Regelungslücke haben die Gerichte die Möglichkeit und die Pflicht, die Lücke zu schließen, wenn sich unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ausreichende Anhaltspunkte für den mutmaßlichen Willen der Tarifvertragsparteien ergeben (vgl. BAG, Urteil vom 24.02.1988 – 4 AZR 615/87, BAGE 57, 334; Urteil vom 10.12.1986 – 5 AZR 517/85, BAGE 54, 30; Urteil vom 03.11.1998 – 3 AZR 437/97, ZTR 1999, 375; Urteil vom 20.05.1999 – 6 AZR 451/97, BAGE 91, 358). Die Lückenschließung durch das Gericht scheidet allerdings dann aus, wenn verschiedene Möglichkeiten bestehen und es deshalb aufgrund der bestehenden Tarifautonomie den Tarifvertragsparteien überlassen bleiben muss, für welche Lösungsmöglichkeit sie sich entscheiden wollen (vgl. BAG, Urteil vom 20.05.1999, a.a.O.). 92

Eine Lücke besteht vorliegend nicht schon deshalb, weil § 29 BAT im öffentlichen Dienst der Gemeinden, des Bundes und der Länder durch den TVöD abgelöst wurde. Die Tarifvertragsparteien haben durch eine dynamische Verweisung in § 26 BMT-AW II auf § 29 BAT in der jeweils geltenden Fassung Bezug genommen. Die Verweisung ist konstitutiv, denn sie haben in dem Übergangstarifvertrag und im BMT-AW II ausdrücklich von ihrer Normsetzungsbefugnis Gebrauch gemacht und durch die Verweisung auf § 29 BAT eine eigenständige Regelung für ihren Tarifbereich geschaffen (vgl. zur konstitutiven Verweisung der Tarifvertragsparteien auf einen anderen Tarifvertrag Kempfen/Zachert, TVG, 4. Aufl., § 1 TVG Rdnr. 97). 93

Die Verweisung ist zulässig, da zwischen dem Geltungsbereich der verweisenden Tarifvorschrift und dem Geltungsbereich der in Bezug genommenen Tarifregelung ein enger sachlicher Zusammenhang aufgrund der öffentlichen Landes- und Bundesförderung und aufgrund des daraus folgenden Besserstellungsverbot bestehen, vgl. § 2 Ziffer 9 des Übergangstarifvertrages (Zur Zulässigkeit einer dynamischen Verweisung eines Tarifvertrages auf einen branchenfremden Tarifvertrag vgl. Kempfen/Zachert, a.a.O. § 1 TVG Rdnr. 796). 94

Endet die in Bezug genommene Tarifnorm, so bleibt bis zu einer Änderung des Rechtszustandes durch den verweisenden Tarifvertrag der Rechtszustand bestehen, der bei Ablauf der in Bezug genommenen Tarifnorm bestand. Diese gilt statisch weiter (vgl. Kempfen/Zachert, a.a.O., § 1 TVG Rdnr. 800). Das Objekt der Bezugnahme für § 26 BMT-AW II ist nicht "abhanden gekommen", wie das erstinstanzliche Gericht zutreffend ausgeführt hat. 95

Zugunsten der Beklagten kann jedoch angenommen werden, dass die Verweisung auf die Konkurrenznorm in § 29 Abschnitt B Abs. 5 BAT lückenhaft geworden ist (so Arbeitsgericht Herne, Urteil vom 24.04.2007 -2 Ca 265/07 -), da allein § 5 Abs. 2 TVÜ-VKA als Überleitungsnorm für das BAT-Arbeitsverhältnis des Ehemanns der Klägerin in ein Arbeitsverhältnis nach dem TVöD zu einem Anspruch der Klägerin auf einen erhöhten Ortszuschlag führt, der so lange nicht bestand, wie der BAT auf das Arbeitsverhältnis ihres Ehegatten anwendbar war. Bis zur Einführung des TVöD durfte die Beklagte aufgrund der tariflichen Verweisung davon ausgehen, dass sie einerseits Ortszuschläge wie im öffentlichen 96

Dienst zu leisten hatte, sie die daraus folgende Last jedoch nicht allein traf, war der Ehepartner ihrer Beschäftigten ebenfalls im öffentlichen Dienst tätig. Sinn und Zweck des Ortszuschlages ist es, dem durch gegenseitige Unterhaltspflichten bestimmten erhöhten finanziellen Bedarf in einer Ehe aus sozialen Gründen Rechnung zu tragen. Der Ortszuschlag hat eine soziale, familienbezogene Ausgleichsfunktion (vgl. BAG, Urteil vom 27.04.2006 – 6 AZR 680/05, n.v.). Daraus folgt, dass bei Ehegatten, die beide im öffentlichen Dienst im Sinne des § 29 Abschnitt B Abs. 7 BAT tätig waren, der einheitliche Sachverhalt der Eheschließung nicht bei jedem Ehegatten gesondert und damit mehrfach berücksichtigt wurde.

Bejaht man eine Lücke, so handelt es sich nach Auffassung der Kammer nicht um eine unbewusste Lücke. 97

Im Januar 2003 haben die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes und die Gewerkschaft ver.di – auch Tarifvertragspartei des Übergangstarifvertrages – eine Prozessvereinbarung für die Tarifverhandlungen zur Neugestaltung des Tarifrechtes des öffentlichen Dienstes geschlossen (Prozessvereinbarung vom 09.01.2003, ZTR 2003, 74). Ein Ziel der Neugestaltung sollte die Schaffung eines einheitlichen Tarifrechtes für Angestellte und Arbeiterinnen/Arbeiter bei Lösung vom Beamtenrecht sein. Die familienbezogenen Ortszuschläge nach § 29 Abschnitt B BAT waren aber gerade an dem beamtenrechtlichen Alimentationsprinzip orientiert und standen damit im Rahmen einer Neuordnung des Tarifrechtes erkennbar zur Diskussion, zumal die Vergütung flexibler, leistungsorientierter und transparenter gestaltet werden sollte und leistungsfremde Bezahlsbestandteile abgebaut werden sollten (vgl. Bredendiek/Fritz/Tewes, a.a.O.; S. 230; Böhle/Poschke, a.a.O., S. 286). 98

In Ansehung dieser Prozessvereinbarung ist der Übergangstarifvertrag vom 23.12.2004 geschlossen worden. Die Tarifvertragsparteien haben bewusst im Hinblick auf erwartete Änderungen im Tarifrecht des öffentlichen Dienstes nur Übergangsregelungen bis zum Abschluss eines Reformtarifvertrages schaffen wollen. In der Präambel des Übergangstarifvertrages haben sie betont, seine Laufzeit solle zur Verhandlung über einen reformierten Tarifvertrag genutzt werden. In § 1 Ziffer 1 haben sie die Ersetzung des BMT-AW II durch den Übergangstarifvertrag bestimmt und die Normen des BMT-AW II in § 2 nur für den Übergang für anwendbar erklärt. In § 2 Ziffer 9 haben sie ausdrücklich vereinbart, dass umgehend Verhandlungen aufgenommen werden sollten, sollte es im öffentlichen Dienst zu neuen tariflichen Regelungen kommen. Ihnen war somit in Kenntnis der konstitutiven Verweisung in § 26 BMT-AW II klar, dass Lücken entstehen konnten und würden, die sie durch eigene Verhandlungslösungen schließen wollten und wollen, wie die nach Vortrag der Beklagten voraussichtlich zum Jahresende 2007 abgeschlossenen Tarifverhandlungen zeigen. 99

Ginge man gleichwohl mit der Beklagten von einer unbewussten Lücke aus, so wäre das Gericht gehindert, sie im Sinne seiner Auffassung zu schließen. 100

In § 2 Ziffer 9 des Übergangstarifvertrages haben die Tarifvertragsparteien ihre Verhandlungsautonomie betont und die Schaffung von der neuen Tarifsituation im öffentlichen Dienst angepassten reformierten Tarifregelungen für sich in Anspruch genommen. Sie haben die Verhandlungen auch aufgenommen. Deren Ergebnis hat die Beklagte abzuwarten und für den Übergang den gerade für diese Umbruchsituation geschaffenen Übergangstarifvertrag anzuwenden. 101

Im Übrigen gibt es zur Schließung der Lücke verschiedene Möglichkeiten. Naheliegender ist, dass die Tarifvertragsparteien vereinbaren, auch in ihrem Tarifbereich die Ortszuschläge abzuschaffen, um so den geänderten Rahmenbedingungen der Wohlfahrtspflege Rechnung zu tragen, vgl. Präambel des Übergangstarifvertrages. Es steht dann zu erwarten, dass sie eine Besitzstandssicherung vornehmen, wobei in eine entsprechende Besitzstandszulage in Fällen wie bei der Klägerin die Ortszuschlagsstufe 2 einfließen könnte und müsste.

dd) Die Klägerin hat die Ausschlussfrist des § 54 Ziffer 1 BMT-AW II gewahrt. Danach hat der Arbeitnehmer seine Ansprüche aus diesem Tarifvertrag innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit geltend zu machen, wobei in gleicher Höhe monatlich wiederkehrende Ansprüche nur einmal und nicht für jeden Monat gesondert geltend gemacht werden müssen (vgl. Küttner/Eisemann, Ausschlussfrist, RdNr 26, Personalbuch 2007, 81). 103

Die Klägerin hat das Stammrecht mit Schreiben vom 13.01.2006 fristgerecht geltend gemacht, indem sie für die Zeit ab dem 01.10.2005 die Zahlung des Ortszuschlages der Stufe 2 begehrt hat. Eine Bezifferung war entbehrlich, weil die Höhe der monatlichen Differenz für die Beklagte unschwer zu ermitteln war. 104

b) Der Zinsanspruch rechtfertigt sich im Wesentlichen aus §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1, Abs. 2 Ziffer 1, 247 BGB. 105

Die Zahlung des Ortszuschlages ist mangels einer tariflichen Regelung gemäß § 614 Satz 2 BGB mit dem Monatsende fällig. Am 12.10.2006 war der Betrag für Oktober 2006 demnach noch nicht fällig. Die Beklagte war zu diesem Zeitpunkt mit dem Differenzbetrag für 12 Monate in Verzug. Entsprechend erhöht sich der Betrag, der ab dem 01.04.2007 zu verzinsen ist, um 50,91 €. 106

2. Der Feststellungsantrag ist zulässig und begründet. Insoweit wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Gerichts und auf die Ausführungen der Berufungskammer zur Begründetheit des Zahlungsanspruchs Bezug genommen. 107

II. 108

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die Zulässigkeit der Revision für die Beklagte aus § 72 Abs. 2 Ziffer 1 ArbGG. 109

Held-Wesendahl	Feldkamp	Meyer HG	110
----------------	----------	----------	-----