

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 1037/08

14 Sa 49/08
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Juni 2010

URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Juni 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie den ehrenamtlichen Richter Schäferkord und die ehrenamtliche Richterin Lorenz für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Mannheim - vom 30. Juli 2008 - 14 Sa 49/08 - teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefasst:
 1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Karlsruhe vom 21. Februar 2008 - 8 Ca 396/07 - teilweise abgeändert:

Es wird festgestellt, dass der Kläger seit dem 1. Juni 2008 Anspruch auf die Besitzstandszulage gemäß der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA unter den Voraussetzungen der Protokollerklärung Nr. 5 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA von derzeit 43,27 Euro brutto hat.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
 2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
- II. Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.
- III. Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu 77 %, die Beklagte zu 23 % zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Berechnung des Vergleichsentgelts, das bei der Überleitung des Arbeitsverhältnisses des Klägers vom Bundes-Angestelltentarifvertrag (*BAT*) in den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (*TVöD*) zu bilden war. Hilfsweise begehrt der Kläger eine tarifliche Besitzstandszulage. 1

Der Kläger ist bei der Beklagten seit 1990 beschäftigt. Derzeit ist er im Bereich der Anästhesie tätig. Aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung richtete sich das Arbeitsverhältnis zunächst nach dem *BAT*, seit dem 1. Oktober 2005 findet der *TVöD* Anwendung. Auch die Ehefrau des Klägers ist bei der Beklagten angestellt. Sie befindet sich seit mehreren Jahren im unbezahlten Sonderurlaub, um das gemeinsame pflegebedürftige Kind zu betreuen. Weil 2

seine Ehefrau kein Einkommen bezog, erhielt der Kläger bis September 2005 den ungekürzten Ortszuschlag der Stufe 2.

Mit Wirkung zum 1. Oktober 2005 wurde das Arbeitsverhältnis des Klägers ebenso wie das seiner Ehefrau in den TVöD übergeleitet. Der Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (*TVÜ-VKA*) vom 13. September 2005 traf hinsichtlich der Berechnung des Vergleichsentgelts folgende Regelung:

„§ 5

Vergleichsentgelt

- (1) Für die Zuordnung zu den Stufen der Entgelttabelle des TVöD wird für die Beschäftigten nach § 4 ein Vergleichsentgelt auf der Grundlage der im September 2005 erhaltenen Bezüge gemäß den Absätzen 2 bis 7 gebildet.
- (2) Bei Beschäftigten aus dem Geltungsbereich des BAT/BAT-O/BAT-Ostdeutsche Sparkassen setzt sich das Vergleichsentgelt aus der Grundvergütung, der allgemeinen Zulage und dem Ortszuschlag der Stufe 1 oder 2 zusammen. Ist auch eine andere Person im Sinne von § 29 Abschn. B Abs. 5 BAT/BAT-O/BAT-Ostdeutsche Sparkassen ortszuschlagsberechtigt oder nach beamtenrechtlichen Grundsätzen familienzuschlagsberechtigt, wird nur die Stufe 1 zugrunde gelegt; findet der TVöD am 1. Oktober 2005 auch auf die andere Person Anwendung, geht der jeweils individuell zustehende Teil des Unterschiedsbetrages zwischen den Stufen 1 und 2 des Ortszuschlages in das Vergleichsentgelt ein.
- ...
- (6) Für Beschäftigte, die nicht für alle Tage im September 2005 oder für keinen Tag dieses Monats Bezüge erhalten, wird das Vergleichsentgelt so bestimmt, als hätten sie für alle Tage dieses Monats Bezüge erhalten; in den Fällen des § 27 Abschn. A Abs. 3 Unterabs. 6 und Abschn. B Abs. 3 Unterabs. 4 BAT/BAT-O/BAT-Ostdeutsche Sparkassen ... werden die Beschäftigten für das Vergleichsentgelt so gestellt, als hätten sie am 1. September 2005 die Arbeit wieder aufgenommen.

...“

3

Durch den Änderungstarifvertrag Nr. 2 vom 31. März 2008 zum TVÜ-VKA (*ÄTV Nr. 2*) wurde § 5 TVÜ-VKA durch mehrere Protokollerklärungen zu Abs. 2 Satz 2 ergänzt. Diese haben, soweit für die Revision von Bedeutung, folgenden Inhalt:

4

- „1. Findet der TVöD am 1. Oktober 2005 für beide Beschäftigte Anwendung und hat einer der beiden im September 2005 keine Bezüge erhalten wegen Elternzeit, Wehr- oder Zivildienstes, Sonderurlaubs, bei dem der Arbeitgeber vor Antritt ein dienstliches oder betriebliches Interesse an der Beurlaubung anerkannt hat, Bezuges einer Rente auf Zeit wegen verminderter Erwerbsfähigkeit oder wegen Ablaufs der Krankenbezugsfristen, erhält die/der andere Beschäftigte zusätzlich zu ihrem/seinem Entgelt den Differenzbetrag zwischen dem ihr/ihm im September 2005 individuell zustehenden Teil des Unterschiedsbetrages zwischen der Stufe 1 und 2 des Ortszuschlags und dem vollen Unterschiedsbetrag als Besitzstandszulage.

...

4. Die Besitzstandszulage nach den Nrn. 1 ... wird auf einen bis zum 30. September 2008 zu stellenden schriftlichen Antrag (Ausschlussfrist) vom 1. Juli 2008 an gezahlt. Ist eine entsprechende Leistung bis zum 31. März 2008 schriftlich geltend gemacht worden, erfolgt die Zahlung vom 1. Juni 2008 an.
5. In den Fällen der Nrn. 1 ... wird bei Stufensteigerungen und Höhergruppierungen der Unterschiedsbetrag zum bisherigen Entgelt auf die Besitzstandszulage angerechnet. Die/Der Beschäftigte hat das Vorliegen der Voraussetzungen der Nrn. 1 und 2 nachzuweisen und Änderungen anzuzeigen. Die Besitzstandszulage nach den Nrn. 1 ... entfällt mit Ablauf des Monats, in dem die/der andere Beschäftigte die Arbeit wieder aufnimmt.“

Bei der Bildung des Vergleichsentgelts des Klägers berücksichtigte die Beklagte ebenso wie bei der Berechnung des fiktiven Vergleichsentgelts seiner Ehefrau den hälftigen Ehegattenanteil des Ortszuschlags von jeweils 50,91 Euro brutto. Zum 1. Oktober 2007 stieg der Kläger in die Endstufe 6 seiner Entgeltgruppe KR 8a auf. Dadurch erzielte er einen Entgeltvorteil von

5

7,64 Euro brutto monatlich. Eine Höhergruppierung erfolgte seit seiner Überleitung in den TVöD nicht.

Nach vergeblicher Geltendmachung mit Schreiben vom 17. Januar 2006 begehrt der Kläger die Differenz zum ungekürzten Ortszuschlag der Stufe 2 für die Zeit vom 1. Oktober 2005 bis 30. September 2007 in bezifferter Höhe und mit Klageerweiterung vom 21. Januar 2008 hilfsweise die Feststellung eines Anspruchs auf eine abschmelzende Besitzstandszulage.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, bei der Bildung des Vergleichsentgelts hätte der ungekürzte Ortszuschlag der Stufe 2 berücksichtigt werden müssen. Seine Ehefrau erhalte wegen ihres Sonderurlaubs keine Bezüge. Trotzdem zahle ihm die Beklagte nur den halben Ehegattenanteil des Ortszuschlags. Ein derartiger finanzieller Nachteil könne von den Tarifvertragsparteien nicht beabsichtigt gewesen sein. Insoweit liege eine unbewusste Regelungslücke vor. Entspreche die Auslegung der Beklagten doch dem Willen der Tarifvertragsparteien, hätten diese ihre Regelungsmacht überschritten. Es sei vor dem Hintergrund von Art. 6 Abs. 1 GG nicht gerechtfertigt, den Kläger allein wegen des Sonderurlaubs seiner Ehefrau bei der Bildung des Vergleichsentgelts zu benachteiligen.

Jedenfalls hätten die Tarifvertragsparteien bei der Nachbesserung des § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA durch den ÄTV Nr. 2 die grundrechtlich verankerte Bedeutung der Kinderbetreuung unzulässig außer Acht gelassen. Ein sachlich vertretbarer Grund dafür, dass die Besitzstandszulage gewährt werde, wenn wegen der Inanspruchnahme von Elternzeit im September 2005 kein Entgelt erzielt worden sei, nicht aber auch dann, wenn in diesem Monat Sonderurlaub zur Kinderbetreuung bestanden habe, sei nicht erkennbar.

Der Kläger hat zuletzt beantragt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 1.221,84 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 50,91 Euro in bestimmter zeitlicher Staffelung zu zahlen;

hilfsweise:

Es wird festgestellt, dass der Kläger seit dem 1. Oktober 2006 einen Anspruch auf eine abschmelzende Besitz-

standszulage in Höhe des Ehegattenanteils hat.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Klageabweisungsantrags auf den Wortlaut des § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 TVÜ-VKA verwiesen. § 5 Abs. 6 TVÜ-VKA zeige ebenso wie die Tarifgeschichte, dass sie das Vergleichsentgelt des Klägers korrekt berechnet habe. Anderenfalls komme es bei Wiederaufnahme der Tätigkeit seiner Ehefrau zu einer von den Tarifvertragsparteien nicht beabsichtigten Besserstellung des Klägers. In diesem Fall erhalte die Gemeinschaft der Ehegatten dauerhaft den anderthalbfachen Ortszuschlag der Stufe 2. Eine nachträgliche Anpassung des Vergleichsentgelts sei in § 5 Abs. 2 TVÜ-VKA nicht vorgesehen. Mit der getroffenen Regelung hätten die Tarifvertragsparteien ihren Gestaltungsspielraum nicht überschritten. Sie müssten nicht jeden denkbaren Einzelfall berücksichtigen. 10

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts auf die Berufung der Beklagten abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. 11

Entscheidungsgründe

Die Revision ist teilweise begründet. Soweit die Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA Beschäftigte, deren Ehegatte im September 2005 Sonderurlaub zur Kinderbetreuung genommen hatte, aus der Besitzstandsregelung ausnimmt, verstößt diese Bestimmung gegen Art. 3 Abs. 1 GG iVm. Art. 6 GG und ist daher unwirksam. Dem Kläger steht deshalb seit dem 1. Juni 2008 eine Besitzstandszulage zu, die derzeit 43,27 Euro brutto beträgt. 12

A. Die Klage ist zulässig. 13

I. Der mit Klageerweiterung vom 21. Januar 2008 geltend gemachte Hilfsantrag bedarf allerdings der Auslegung. Er beruht auf Ankündigungen von 14

Tarifänderungen für die Zeit ab 1. Oktober 2006, die tatsächlich nicht Tarifinhalt geworden sind. Erst durch den ÄTV Nr. 2 ist eine Anspruchsgrundlage für die Zahlung einer Besitzstandszulage an Beschäftigte, deren Ehegatte im September 2005 aus den dort abschließend aufgeführten Gründen kein Entgelt bezogen hat, geschaffen worden. Der Kläger hat mit seinem Feststellungsantrag deutlich gemacht, dass er hilfsweise eine Besitzstandszulage auf der tariflich vorgesehenen Grundlage begehrt. Der Hilfsantrag umfasst daher auch den Anspruch aus der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA. Dies hat der Kläger im Revisionsverfahren deutlich gemacht, in dem er dargelegt hat, dass diese tarifliche Regelung seines Erachtens Art. 6 GG verletze, soweit sie Sonderurlaub zur Kinderbetreuung ausnehme.

II. In dieser Auslegung ist der Hilfsantrag hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Die Voraussetzungen der begehrten Zulage und ihrer Abschmelzung ergeben sich aus den Protokollerklärungen Nr. 1, 4 und 5 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA. 15

B. Die Klage ist nur teilweise begründet. 16

I. Der Hauptantrag ist unbegründet. Dem Kläger steht die für Oktober 2005 bis September 2007 beanspruchte weitere Vergütung von 1.221,84 Euro brutto nicht zu. In das Vergleichsentgelt des Klägers war nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 TVÜ-VKA nur der Ortszuschlag der Stufe 1 einzustellen. 17

1. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 17. Dezember 2009 (- 6 AZR 668/08 - *EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 18*) aus Wortlaut, Systematik und Tarifgeschichte des § 5 Abs. 2 TVÜ-VKA geschlossen, dass ein Ehegatte, der am 1. Oktober 2005 im öffentlichen Dienst stand und auf dessen Arbeitsverhältnis der BAT Anwendung fand, auch dann eine „andere Person“ iSv. § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 TVÜ-VKA iVm. § 29 Abschn. B Abs. 5 BAT war, wenn er aufgrund unbezahlten Sonderurlaubs im September 2005 keine Vergütung und damit auch keinen Ortszuschlag erhalten hat. 18

a) Diese Erwägungen treffen auch auf die hier vorliegende, in § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 TVÜ-VKA geregelte Beschäftigungskonstellation zu, in der beide Ehegatten in den TVöD übergeleitet worden sind, das Arbeitsverhältnis des einen Ehegatten aber wegen Sonderurlaubs ruhte. Maßgebend für die Berechnung des Vergleichsentgelts ist nach der tariflichen Regelung in Konkurrenzfällen der vorliegenden Art allein, dass der beurlaubte Ehegatte nach wie vor ortszuschlagsberechtigt gewesen wäre, wenn er im Zeitpunkt der Überleitung gearbeitet hätte. 19

aa) Allerdings wird die Auffassung vertreten, aus § 29 Abschn. B Abs. 5 Satz 1 letzter Halbs. BAT ergebe sich, dass nach Ablauf der Bezugsdauer des Mutterschaftsgeldes seiner Ehefrau der weiterarbeitende Angestellte Anspruch auf den vollen Betrag der Ortszuschlagsstufe 2 gehabt habe und mit diesem Betrag in den TVöD überzuleiten gewesen sei. Maßgeblich für die Frage der Ortszuschlagsberechtigung des Ehegatten sei also nicht die grundsätzliche Berechtigung, sondern die tatsächliche Zahlung dieses Zuschlags am Überleitungstichtags (*Dannenberg in BeckOK B/B/M/S TVöD Stand 1. März 2010 TVÜ-VKA § 5 Rn. 10c iVm. Rn. 11c*). Dieser Auffassung stehen jedoch Wortlaut und Systematik des § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA entgegen. Danach kommt es für die Berücksichtigung des Ortszuschlags im Vergleichsentgelt auf den familienrechtlichen Status an sich an, der durch das Ruhen des Arbeitsverhältnisses nicht berührt wird. Dieser Status wird bei Berechnung des Vergleichsentgelts für beide Ehegatten durch § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 TVÜ-VKA als weiterbestehend fingiert. Insoweit ist die tarifliche Regelung die logische Konsequenz der Konkurrenzregelung des § 29 Abschn. B Abs. 5 BAT, auf die auch die Gegenmeinung abstellt. 20

bb) Die Gegenmeinung und der Kläger blenden insbesondere die für die vorliegende Beschäftigungskonstellation maßgebliche Bestimmung des § 5 Abs. 6 TVÜ-VKA aus, die deutlich macht, dass es bei der Berechnung des Vergleichsentgelts nicht auf den tatsächlichen Entgeltbezug im maßgeblichen Bezugsmonat ankommt. Anders als die Revision meint, regelt diese Vorschrift nicht nur die Einbeziehung der Grundvergütung in das Vergleichsentgelt der 21

Arbeitnehmer, die länger als sechs Monate wegen Sonderurlaubs keine Bezüge erhalten haben. Sie bestimmt auch, wie der ehedembezogene Bestandteil des Ortszuschlags im Vergleichsentgelt zu berücksichtigen ist. § 5 Abs. 6 Halbs. 1 TVÜ-VKA legt fest, dass für alle Beschäftigten, die nicht für alle Tage im September 2005 oder für keinen Tag dieses Monats Bezüge erhielten, das Vergleichsentgelt so bestimmt wird, als hätten sie für alle Tage dieses Monats Bezüge erhalten. Für die Fälle der länger als sechs Monate andauernden Beurlaubung oder des Ruhens des Arbeitsverhältnisses bestimmt § 5 Abs. 6 Halbs. 2 TVÜ-VKA, dass die Betroffenen für das Vergleichsentgelt so gestellt werden, als hätten sie am 1. September 2005 die Arbeit wieder aufgenommen. Das (*fiktive*) Vergleichsentgelt aller von § 5 Abs. 6 TVÜ-VKA erfassten Arbeitnehmer wird also so berechnet, als habe im September 2005 ein voller Vergütungsanspruch bestanden. In den Konkurrenzfällen des § 29 Abschn. B Abs. 5 BAT ist deshalb bei der Berechnung des (*fiktiven*) Vergleichsentgelts des beurlaubten Beschäftigten die Stufe des Ortszuschlags zugrunde zu legen, die diesem Beschäftigten bei tatsächlicher Arbeitstätigkeit zugestanden hätte (*vgl. Rundschreiben der VKA zur Berücksichtigung des Ortszuschlags beim Vergleichsentgelt vom 6. Oktober 2005, abgedruckt als Anhang 1 zu § 5 TVÜ-VKA in Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD*). Dies führt nach der Tarifsystematik zwingend dazu, dass bei Überleitung beider Ehegatten in den TVöD in das Vergleichsentgelt des weiter arbeitenden Ehegatten nur der halbe Ortszuschlag der Stufe 2 einzubeziehen ist.

cc) Bei einer Auslegung des § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 TVÜ-VKA, wie sie der Kläger für richtig hält, würde die Erwerbsgemeinschaft der Ehegatten nach Wiederaufnahme der Tätigkeit des beurlaubten Ehegatten entgegen der mit § 5 Abs. 2 TVÜ-VKA verfolgten Intention, den Besitzstand entsprechend dem Status des Arbeitnehmers zu diesem Überleitungsstichtag zu wahren (*Senat 25. Juni 2009 - 6 AZR 72/08 - Rn. 18, AP TVÜ § 5 Nr. 2 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 15*), finanziell besser stehen als vor der Überleitung. § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 TVÜ-VKA soll sicherstellen, dass der Erwerbsgemeinschaft der Ehegatten der Ortszuschlag der Stufe 2 nur einmal in grundsätzlich voller Höhe zukommt (*Senat 25. Juni 2009 - 6 AZR 384/08 -*

22

Rn. 19, AP TVÜ § 5 Nr. 3 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 16). Würde in das Vergleichsentgelt des weiter arbeitenden Ehegatten der ungekürzte Ortszuschlag der Stufe 2 einfließen und erhielte der beurlaubte Ehegatte den in das fiktiv ermittelte Vergleichsentgelt einbezogenen individuellen Unterschiedsbetrag zwischen den Stufen 1 und 2 des Ortszuschlags nach Wiederaufnahme der Tätigkeit tatsächlich ausgezahlt, käme der Erwerbsgemeinschaft der Ehegatten nach der Rückkehr des beurlaubten Ehegatten in das Erwerbsleben der anderthalbfache Ortszuschlag der Stufe 2 zu. Eine Anpassung des Vergleichsentgelts des weiter arbeitenden Ehegatten haben die Tarifvertragsparteien in § 5 Abs. 2 und Abs. 6 TVÜ-VKA nicht vorgesehen. Erst bei dem nachträglich eingefügten Anspruch auf eine Besitzstandszulage ist in Satz 3 der Protokollerklärung Nr. 5 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA geregelt, wie bei Wiederaufnahme der Tätigkeit des im September 2005 kein Entgelt erhaltenden Ehegatten zu verfahren ist.

b) Die vom Kläger angenommene Regelungslücke liegt demnach nicht vor, so dass eine ergänzende Tarifauslegung ausscheidet (*vgl. BAG 27. April 2004 - 9 AZR 18/03 - BAGE 110, 208, 216*). 23

2. § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 TVÜ-VKA verstößt entgegen der Rechtsauffassung des Klägers in dieser Auslegung nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG iVm. Art. 6 GG. Die in dieser Vorschrift geregelte Berechnung des Vergleichsentgelts führt typischerweise nicht dazu, dass am Überleitungstichtag zum Zwecke der Kinderbetreuung gewährter Sonderurlaub auf Dauer eine gegen Art. 3 GG verstoßende Lücke im Familieneinkommen zur Folge hat. Vielmehr durften die Tarifvertragsparteien ebenso wie bei der in § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 TVÜ-VKA geregelten Beschäftigungskonstellation bei typisierender Betrachtung davon ausgehen, dass die andere ortszuschlagsberechtigte Person ihre Tätigkeit wieder aufnimmt, also das Familieneinkommen nicht auf Dauer vermindert wird und dem mit § 5 Abs. 2 TVÜ-VKA verfolgten Zweck der Besitzstandswahrung noch genügt ist. Die Rückkehr der Arbeitnehmer, die sich zu Zwecken der Kinderbetreuung nach § 50 Abs. 1 BAT beurlauben ließen, in das Arbeitsverhältnis war nicht atypisch. Der Gesetzgeber hat vielmehr dem Arbeitgeber in 24

§ 21 BEEG die Möglichkeit eröffnet, für Arbeitnehmer, die aufgrund einer tarifvertraglichen Regelung zur Kinderbetreuung freigestellt sind, eine befristet beschäftigte Ersatzkraft einzustellen. Er hat damit dem Umstand Rechnung getragen, dass der Arbeitsplatz nach Beendigung des Sonderurlaubs dem beurlaubten Arbeitnehmer wieder zur Verfügung gestellt werden muss (*Buchner/Becker Mutterschutzgesetz Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz 8. Aufl. § 21 BEEG Rn. 7*). Für die Fälle, in denen sich die Erwartung der Tarifvertragsparteien auf eine Rückkehr des beurlaubten Arbeitnehmers an den freizuhaltenden Arbeitsplatz nicht erfüllte, das Erwerbseinkommen der Erwerbsgemeinschaft der Ehegatten also langfristig oder sogar dauerhaft gemindert blieb, mussten sie keine Ausnahmeregelung treffen (*vgl. Senat 17. Dezember 2009 - 6 AZR 668/08 - Rn. 23 f., EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 18*).

3. Auf eine übertarifliche Zahlung, wie sie die VKA in ihrem Rundschreiben zur Berücksichtigung des Ortszuschlags beim Vergleichsentgelt vom 6. Oktober 2005 (*abgedruckt als Anhang 1 zu § 5 TVÜ-VKA in Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD*) unter Ziff. 8 Abs. 2 ausdrücklich gebilligt hat, hat der Kläger keinen einklagbaren Anspruch. Er macht nicht geltend, dass die Beklagte anderen, vergleichbaren Arbeitnehmern solche übertariflichen Leistungen gezahlt hat. 25

II. Der Hilfsantrag des Klägers hat teilweise Erfolg. Ihm steht seit dem 1. Juni 2008 eine Besitzstandszulage gemäß der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA zu, die derzeit 43,27 Euro brutto beträgt. 26

1. Die Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA gewährt den Beschäftigten, deren Ehegatten am 1. Oktober 2005 in den TVöD übergeleitet worden sind, aber aus den in der Protokollerklärung abschließend aufgeführten Gründen (*Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrink TVöD Stand Mai 2010 TVÜ-VKA § 5 Rn. 43 f.*) keine Bezüge erhalten haben, eine Besitzstandszulage, die die Differenz zum vollen Ortszuschlag der Stufe 2 im Vergleichsentgelt ausgleichen soll. Der Sonderurlaub zur Kinderbetreuung ist in dieser Aufzählung der unschädlichen Fälle einer Unterbrechung der Entgelt- 27

zahlung im September 2005 nicht enthalten. Die Tarifvertragsparteien haben in dieser Bestimmung hinsichtlich des unschädlichen Sonderurlaubs an § 50 Abs. 3 Satz 2 BAT angeknüpft. Danach war die Zeit des Sonderurlaubs nach § 50 Abs. 2 BAT als Beschäftigungszeit anzuerkennen, wenn der Arbeitgeber vorab ein dienstliches oder betriebliches Interesse an der Beurlaubung schriftlich anerkannt hatte. Diese Voraussetzung ist bei der Ehefrau des Klägers nicht erfüllt. Sie befindet sich nicht im Sonderurlaub, weil die Beklagte ein dienstliches oder betriebliches Interesse an der Beurlaubung anerkannt hätte, sondern weil sie das pflegebedürftige gemeinsame Kind der Ehegatten betreut. Dieser Sonderurlaub wird von der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA - anders als von der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Bund - nicht erfasst.

2. Der Kläger macht jedoch mit Recht geltend, dass die Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA Beschäftigte wie ihn, deren Ehegatten im September 2005 kein Einkommen erzielt haben, weil sie Sonderurlaub zur Kinderbetreuung in Anspruch genommen haben, in ihrem Recht aus Art. 3 Abs. 1 GG iVm. Art. 6 GG verletzt. 28

a) Die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte verpflichtet die Arbeitsgerichte dazu, solchen Tarifregelungen die Durchsetzung zu verweigern, die zu einer Gruppenbildung führen, die die durch Art. 6 GG geschützten Belange von Ehe und Familie gleichheits- oder sachwidrig außer Betracht lässt. Dabei kommt den Tarifvertragsparteien als selbständigen Grundrechtsträgern allerdings aufgrund der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Wie weit dieser reicht, hängt von den im Einzelfall vorliegenden Differenzierungsmerkmalen ab, wobei den Tarifvertragsparteien in Bezug auf die tatsächlichen Gegebenheiten und betroffenen Interessen eine Einschätzungsprärogative zusteht (*Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - AP TVÜ § 11 Nr. 2 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 11 Abs. 1 Nr. 13*). 29

b) Die Tarifvertragsparteien haben ihren Gestaltungsspielraum überschritten, als sie Sonderurlaub zur Kinderbetreuung im Unterschied zur Eltern- 30

zeit nicht als unschädliche Unterbrechung der Entgeltzahlung angesehen haben.

aa) Die Tarifvertragsparteien haben erkannt, dass § 5 Abs. 2 TVÜ-VKA in der am 13. September 2005 vereinbarten Fassung das tarifliche Ziel der Besitzstandswahrung bei der Überleitung in den TVöD nicht uneingeschränkt sicherstellt. Zu einer Tarifänderung waren sie ungeachtet dessen nicht verpflichtet, weil die Tarifregelung aus den unter B I 2 genannten Gründen bei typisierender Betrachtung auch bei Ruhen des Arbeitsverhältnisses eines Ehegatten im September 2005 wegen Kinderbetreuung noch im Einklang mit der Tarifsystematik und den Zielen der Besitzstandsregelung des § 5 TVÜ-VKA stand. Gleichwohl haben sie durch den ÄTV Nr. 2 - wenn auch erst frühestens mit Wirkung zum 1. Juni 2008 - eine gesonderte Besitzstandsregelung für Arbeitnehmer eingefügt, deren Ehegatten im September 2005 aus den in der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA abschließend aufgeführten Gründen kein Entgelt erzielten. Diese Regelung ist offenkundig von dem Ziel getragen, in den Fällen, in denen sich noch knapp drei Jahre nach Einführung des TVöD die Annahme der Tarifvertragsparteien, die Rückkehr des beurlaubten Ehegatten ins Arbeitsleben sei der Regelfall (*vgl. Senat 17. Dezember 2009 - 6 AZR 668/08 - Rn. 24, EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 18*), nicht erfüllt hatte, sich das Einkommen der Erwerbsgemeinschaft der Ehegatten also abweichend von der Intention der Tarifvertragsparteien über einen längeren Zeitraum gemindert hatte, nunmehr zumindest für die Zukunft bis zum Ende des Ruhens des Arbeitsverhältnisses den Besitzstand zu sichern. Sie muss sich wie jede andere Tarifregelung am Maßstab der Art. 3 und Art. 6 GG messen lassen. Die Tarifvertragsparteien durften bei den neu geschaffenen Besitzstandsregelungen in den Protokollerklärungen Nr. 1 bis 3 zu § 5 Abs. 2 TVÜ-VKA also bestimmte Gruppen von Angestellten, deren Ehegatte im September 2005 keine Bezüge erhalten hatte, nicht ohne einen auch unter Beachtung der Wertentscheidungen des Art. 6 GG sachlich vertretbaren Grund ganz oder teilweise von der Besitzstandsregelung ausnehmen (*vgl. für § 11 TVÜ-VKA idF vom 13. September 2005 Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - Rn. 23, AP TVÜ § 11 Nr. 2 = EzTöD 320*

31

TVÜ-VKA § 11 Abs. 1 Nr. 13). An einem solchen Grund fehlt es bei der Herausnahme von Sonderurlaub zum Zwecke der Kinderbetreuung nach § 50 Abs. 1 BAT aus dem Regelungsbereich der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA.

bb) Die Tarifvertragsparteien haben Arbeitnehmer, deren Ehegatten im September 2005 kein Entgelt erhielten, weil sie Elternzeit in Anspruch nahmen, in den Personenkreis aufgenommen, dem sie die Besitzstandszulage nach der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA zugestehen wollten. Sie haben damit der grundrechtlichen Verankerung sowohl der Elternzeit als auch der Entscheidung, sie in Anspruch zu nehmen (*vgl. Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - Rn. 31, AP TVÜ § 11 Nr. 2 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 11 Abs. 1 Nr. 13*), Rechnung getragen. Zwischen der Gruppe der Arbeitnehmer, deren Ehegatten im September 2005 Elternzeit beanspruchten, und der Gruppe der Beschäftigten, deren Ehegatten in diesem Monat Sonderurlaub zur Kinderbetreuung gewährt worden war, bestehen aber keine Unterschiede, die es rechtfertigen, die zweite Gruppe aus dem Kreis derer auszunehmen, denen die Besitzstandszulage nach der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA gewährt werden soll.

32

(1) Der zur Kinderbetreuung gewährte Sonderurlaub verfolgte den gleichen Zweck wie die Elternzeit. Er diene ebenso wie die Elternzeit der von Art. 6 GG geschützten Betreuung von Kindern durch ihre Eltern. Die Tarifvertragsparteien selbst hatten der Möglichkeit eines über die zeitlichen Grenzen der Elternzeit hinausgehenden Sonderurlaubs aus „familienpolitischen“ Gründen (*zu diesem Begriff Uttlinger/Breier/Kiefer/Hoffmann/Dassau BAT Stand 1. März 2010 § 50 Rn. 2*) nach § 50 Abs. 1 BAT ersichtlich besonderen Wert beigemessen. Die Gewährung von Sonderurlaub stand nicht im Ermessen des Arbeitgebers. § 50 Abs. 1 BAT gewährte vielmehr trotz seiner Ausgestaltung als Soll-Vorschrift unter den dort geregelten Voraussetzungen einen Anspruch auf Sonderurlaub, es sei denn, dringende dienstliche oder betriebliche Interessen standen dem entgegen (*Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 890/07 - Rn. 36, EzTöD 320 TVÜ-VKA § 11 Abs. 1 Nr. 14; vgl. auch Rundschreiben der VKA vom 26. März*

33

1996 - R 160/96 - zu 2.5.3, abgedruckt als Hinweis zu § 50 BAT in Uttlinger/Breier/Kiefer/Hoffmann/Dassau BAT).

(2) Gerade in den Fällen, in denen ein Ehegatte aus Gründen der Betreuung eines Kindes ununterbrochen vom September 2005 bis zum Juni bzw. Juli 2008 auf eine eigene Erwerbstätigkeit verzichtete, war auch der Zweck des Ortszuschlags der Stufe 2 als sozialer, familienstandsbezogener Ausgleich (*Senat 30. Oktober 2008 - 6 AZR 682/07 - Rn. 19, AP TVÜ § 5 Nr. 1 = EzA GG Art. 3 Nr. 107*) erfüllt. Dies durften die Tarifvertragsparteien nicht außer Acht lassen. Sie mussten die Besitzstandszulage auch den Beschäftigten gewähren, deren Ehegatten im September 2005 Sonderurlaub zur Kinderbetreuung genommen hatten, als sie ua. für die Beschäftigten, deren Ehegatten wegen der Inanspruchnahme von Elternzeit im September 2005 kein Entgelt erzielt hatten, eine solche Zulage schufen. Dies haben die Tarifvertragsparteien des TVÜ-Bund erkannt und dem - anders als die des TVÜ-VKA - Rechnung getragen. Die Besitzstandszulage nach der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-Bund ist auch den Beschäftigten zu zahlen, deren Ehegatte im September 2005 unbezahlten Sonderurlaub aufgrund von Familienpflichten iSd. § 4 Abs. 2 BGlG in Anspruch genommen hatte, also mindestens ein Kind unter 18 Jahren oder einen nach ärztlichem Gutachten pflegebedürftigen Angehörigen tatsächlich betreute oder pflegte.

34

(3) Die Herausnahme des Sonderurlaubs zur Kinderbetreuung aus dem Personenkreis, bei dem das Ruhen des Arbeitsverhältnisses ihres Ehegatten im September 2005 den Anspruch auf die Besitzstandszulage nach der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA begründet, lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass ein solcher Sonderurlaub typischerweise erheblich länger andauere als die anderen, in der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA aufgeführten Ruhenstatbestände und insbesondere als die Elternzeit, die gesetzlich auf drei Jahre begrenzt war und ist (§ 15 Abs. 2 Satz 1 *BERzGG idF der Bekanntmachung vom 9. Februar 2004 [BGBl. I S. 206]* § 15 Abs. 2 Satz 1 *BEEG*). Der Anspruch auf die Besitzstandszulage entsteht für alle in der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA aufgeführten

35

Fälle nur dann, wenn der Ehegatte bis zum 1. Juni bzw. 1. Juli 2008 die Arbeit nicht wieder aufgenommen hat (*Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD Stand Mai 2010 TVÜ-VKA § 5 Rn. 64; vgl. Senat 17. Dezember 2009 - 6 AZR 668/08 - Rn. 27, EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 18*). Voraussetzung dieses Anspruchs ist also gerade ein lang andauerndes, ununterbrochenes Ruhen des Arbeitsverhältnisses seit September 2005 oder das Ausscheiden des Ehegatten aus dem Arbeitsverhältnis.

3. Wegen der Teilnichtigkeit der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA hat der Kläger seit dem 1. Juni 2008 unter den Voraussetzungen der Protokollerklärung Nr. 5 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA Anspruch auf die tarifliche Besitzstandszulage, die derzeit 43,27 Euro brutto monatlich beträgt. 36

a) Verstöße gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG lösen bei Tarifverträgen und Gesetzen die gleichen Rechtsfolgen aus. Soweit dem Normgeber ein Regelungsspielraum verbleibt, haben die Gerichte für Arbeits-sachen dies zu respektieren. Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Tarifvertrags ist nicht ohne Weiteres möglich. Die unzulässigerweise ausgeklammerten Personen haben jedoch dann Anspruch auf die Vergünstigung, wenn der Normgeber nur auf diesem Weg dem Gleichheitssatz Rechnung tragen kann oder wenn anzunehmen ist, dass der Normgeber bei Beachtung des Gleichheitssatzes alle zu berücksichtigenden Personen in die Vergünstigung einbezogen hätte (*Senat 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - Rn. 36, AP TVÜ § 11 Nr. 2 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 11 Abs. 1 Nr. 13; 18. März 2010 - 6 AZR 434/07 - Rn. 57*). 37

aa) Für die Vergangenheit kann dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nur dadurch entsprochen werden, dass auch den benachteiligten Arbeitnehmern die vorenthaltene Leistung verschafft wird. Schon aus Gründen des Vertrauensschutzes kann die gebotene Gleichheit nicht dadurch hergestellt werden, dass auch begünstigten Arbeitnehmern die Besitzstandszulage für die Vergangenheit entzogen wird (*vgl. BAG 7. März 1995 - 3 AZR 282/94 - BAGE 79, 236, 248*). 38

- bb) Für die Zukunft lässt sich der mit der Besitzstandszulage nach der Protokollerklärung Nr. 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA verfolgte Regelungsplan der Tarifvertragsparteien nur dadurch vervollständigen, dass die für Arbeitnehmer, deren Ehegatten im September 2005 Elternzeit in Anspruch genommen haben, geltende Regelung auch auf die Beschäftigten Anwendung findet, deren Ehegatten zu diesem Zeitpunkt Sonderurlaub zur Kinderbetreuung genommen hatten. Dies entspricht auch dem hypothetischen Willen der Tarifvertragsparteien, die wie die des TVÜ-Bund den letztgenannten Personenkreis in die Regelung der Besitzstandszulage einbezogen hätten, wäre ihnen der hier festgestellte Gleichheitsverstoß bewusst gewesen (*vgl. BVerfG 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - Rn. 124, EzTöD 100 TVöD-AT § 25 Nr. 12*). Wege, auf denen die Tarifvertragsparteien dem Gleichheitssatz anders als durch die Gewährung dieser Zulage unter denselben Voraussetzungen und in gleicher Höhe an Beschäftigte, deren Ehegatten Sonderurlaub zur Kinderbetreuung genommen haben, Rechnung tragen können, sind, nachdem sie in richtiger Würdigung der grundrechtlich verankerten Bedeutung der Elternzeit diese zum Anknüpfungspunkt für die Besitzstandszulage genommen haben, nicht ersichtlich (*zum derartigen Schrumpfen des Ermessens auf Null vgl. Wiedemann/Wiedemann 7. Aufl. TVG Einl. Rn. 248*). 39
- b) Der Hilfsantrag des Klägers, der vor dem 31. März 2008 gestellt worden ist, ist als ausreichende schriftliche Geltendmachung im Sinne der Protokollerklärung Nr. 4 Satz 2 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA anzusehen. Er lässt erkennen, dass der Kläger eine Besitzstandszulage auf tariflicher Basis begehrt, die nach Maßgabe der tariflichen Regelung abgeschmolzen wird. Art und Inhalt der Leistung sind damit hinreichend deutlich geltend gemacht, so dass ihm die Besitzstandszulage ab dem 1. Juni 2008 zu gewähren ist. 40
- c) Der Kläger muss sich gemäß der Protokollerklärung Nr. 5 Satz 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA die am 1. Oktober 2007 erfolgte Stufensteigerung von 7,64 Euro brutto auf die Differenz zwischen dem vollen Unterschiedsbetrag zwischen der Stufe 1 und der Stufe 2 des Ortszuschlags und dem ihm im September 2005 individuell zustehenden Teil dieses Unterschiedsbetrags von 41

50,91 Euro brutto anrechnen lassen, so dass ihm seit 1. Juni 2008 eine monatliche Besitzstandszulage von 43,27 Euro brutto zu zahlen ist.

Auch wenn die Besitzstandszulage erst durch den ÄTV Nr. 2 vom 31. März 2008 in § 5 TVÜ-VKA eingefügt worden ist, sind nicht erst die nach dem 31. Mai bzw. 30. Juni 2008 erfolgten bzw. noch erfolgenden Stufensteigerungen zu berücksichtigen, sondern auch die vorherigen Steigerungen (aA *Breier/Dassau/Kiefer/Lang/Langenbrinck TVöD Stand Mai 2010 TVÜ-VKA § 5 Rn. 61*). Die mit dem ÄTV Nr. 2 eingefügten Protokollerklärungen stellen auf den Besitzstand im Überleitungszeitpunkt ab. Ihn wollen sie schützen. Wäre der ungekürzte Ortszuschlag in das Vergleichsentgelt eingeflossen, wäre er bei jedem Aufstieg im Stufensystem des TVöD (*teilweise*) aufgezehrt worden (vgl. *Senat 17. Juli 2008 - 6 AZR 635/07 - Rn. 14, AP AVR Caritasverband Anlage 1 Nr. 4 = EzTöD 320 TVÜ-VKA § 5 Abs. 2 Ortszuschlag Nr. 13*). Eine Besserstellung der Arbeitnehmer, bei denen im Einklang mit dem System des TVöD der Ortszuschlag nicht in der zuletzt gezahlten Höhe in das Vergleichsentgelt eingeflossen ist, gegenüber den Arbeitnehmern, bei denen der Ortszuschlag systemkonform in vollem Umfang berücksichtigt worden ist, widerspräche dem Sinn der Besitzstandszulage.

42

d) Höhergruppierungen, die sich der Kläger gemäß der Protokollerklärung Nr. 5 Satz 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA ebenfalls anrechnen lassen müsste, sind nicht erfolgt. Die allgemeinen Entgeltsteigerungen nach dem 1. Oktober 2007 sind nach Protokollerklärung Nr. 5 Satz 1 zu § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA nicht auf die Besitzstandszulage anzurechnen.

43

III. Der Senat hat die Änderung des § 5 Abs. 2 Satz 2 TVÜ-VKA durch den ÄTV Nr. 2 zu berücksichtigen, die aufgrund des gestellten Feststellungsantrags das streitige Rechtsverhältnis erfasst, auch wenn das Arbeitsgericht auf diese Rechtslage noch nicht abstellen konnte und dem Landesarbeitsgericht bei seiner Entscheidung der ÄTV Nr. 2, dessen Redaktionsverhandlungen erst Ende Oktober 2008 abgeschlossen waren (vgl. *Senat 17. Dezember 2009 - 6 AZR 665/08 - Rn. 29, ZTR 2010, 190*), noch nicht bekannt war. Deshalb ist das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern, obwohl im Zeitpunkt seiner Ent-

44

scheidung das maßgebliche Recht noch nicht galt (vgl. *BGH* 26. Februar 1953 - III ZR 214/50 - *BGHZ* 9, 101; 22. Juni 1983 - IVb ZB 884/80 - *MDR* 1984, 36; 12. Oktober 1988 - IVb ZB 80/86 - *NJW-RR* 1989, 130).

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. Unerheblich für diese ist, dass der Kläger ohne die Tarifänderung vom 31. März 2008, die erst den Anknüpfungspunkt für eine Prüfung der Vereinbarkeit dieser Regelung mit Verfassungsrecht bildete, auch nicht teilweise obsiegt hätte (vgl. *BGH* 20. Juni 1962 - V ZR 219/60 - *BGHZ* 37, 233, 246 f.).

45

Fischermeier

Brühler

Spelge

Schäferkord

Lorenz