

Bundesarbeitsgericht  
Sechster Senat

Urteil vom 22. September 2016  
- 6 AZR 432/15 -  
ECLI:DE:BAG:2016:220916.U.6AZR432.15.0

I. Arbeitsgericht Dresden

Urteil vom 8. Dezember 2014  
- 8 Ca 2159/14 -

II. Sächsisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 24. Juni 2015  
- 2 Sa 57/15 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Besitzstandszulage nach § 11 Abs. 1 TVÜ-VKA bei Unterbrechung der Kindergeldberechtigung durch freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst

Bestimmungen:

GG Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1; WPfIG § 6b; Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA) vom 13. September 2005 idF vom 31. März 2012 § 11 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3

# BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 432/15  
2 Sa 57/15  
Sächsisches  
Landesarbeitsgericht

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
22. September 2016

## URTEIL

Gaßmann, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. September 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht

Gallner, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel sowie die ehrenamtlichen Richter Kreis und Lauth für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 24. Juni 2015 - 2 Sa 57/15 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über eine Besitzstandszulage nach § 11 des Tarifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-VKA). Die Klägerin verlangt, die Zahlungen für die Zeit von November 2013 bis August 2014 wieder aufzunehmen, nachdem der Anspruch auf Kindergeld nach Unterbrechungen wegen der Wehrdienste ihres Sohns wieder entstand. 1

Die Klägerin ist seit 1986 bei der beklagten Landeshauptstadt beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis war kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme der Bundes-Angestellentarifvertrag-Ost (BAT-O) anzuwenden. Seit 1. Oktober 2005 ist auf den Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) und den TVÜ-VKA verwiesen. 2

Die Klägerin war für ihren Sohn S im September 2005 und bis einschließlich Juli 2008 zum Bezug von Kindergeld berechtigt. Sie erhielt während dieses Zeitraums Kindergeld und die Besitzstandszulage nach § 11 TVÜ-VKA. Die Beklagte berechnete die jeweilige Höhe der Besitzstandszulage. Im August 2008 trat der Sohn der Klägerin seinen neunmonatigen Grundwehrdienst an. Im Anschluss an den Grundwehrdienst leistete er 14 Monate freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst iSv. § 6b Wehrpflichtgesetz (WPfIG). Die Klägerin bezog während der gesamten Dauer der Wehrdienste kein Kindergeld. Seit der 3

Beendigung des freiwilligen zusätzlichen Wehrdienstes war sie ab 1. Juli 2010 zumindest bis August 2014 wieder zum Bezug von Kindergeld berechtigt. Die Beklagte nahm die Zahlung der Besitzstandszulage nach § 11 TVÜ-VKA nicht wieder auf.

Der mWv. 1. Oktober 2005 in Kraft getretene § 11 TVÜ-VKA bestimmt:

4

„Kinderbezogene Entgeltbestandteile

- (1) <sup>1</sup>Für im September 2005 zu berücksichtigende Kinder werden die kinderbezogenen Entgeltbestandteile des ... BAT-O ... in der für September 2005 zustehenden Höhe als Besitzstandszulage fortgezahlt, solange für diese Kinder Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz (EStG) oder nach dem Bundeskindergeldgesetz (BKGG) ununterbrochen gezahlt wird oder ohne Berücksichtigung des § 64 oder § 65 EStG oder des § 3 oder § 4 BKGG gezahlt würde. ... <sup>3</sup>Unterbrechungen wegen der Ableistung von Grundwehrdienst, Zivildienst oder Wehrübungen sowie die Ableistung eines freiwilligen sozialen oder ökologischen Jahres sind unschädlich; ...“

Mit Schreiben vom 20. Juni 2014 machte die Klägerin Ansprüche auf Besitzstandszulage geltend. Das Schreiben lautet auszugsweise:

5

„Antrag auf rückwirkende Erstattung kinderbezogener Zahlungen im Ortszuschlag für meinen Sohn S

Sehr geehrte Frau ...,

in der Veröffentlichung ‚Personalrat aktuell‘ vom März 2014 Nr. 53 wird darauf hingewiesen, dass die Zahlungen der kinderbezogenen Besitzstandszulage (Ortszuschlag) gemäß Überleitungstarifvertrag für alle vor dem 01.01.2006 geborenen Kinder für die Zeit des Kindergeldanspruchs zu gewähren sind, solange der Kindergeldanspruch ohne Unterbrechung besteht. Unschädlich für diesen Anspruch ist dabei eine Unterbrechung wegen Wehr- oder Zivildienst.

Die Kindergeldzahlung für meinen Sohn S wurde zwar nach der Beendigung seines Wehrdienstes im Juli 2010 wieder aufgenommen, die kinderbezogene Besitzstandszulage aber nicht.

Ich bitte hiermit um eine rückwirkende Erstattung der ausstehenden kinderbezogenen Besitzstandszulagen bis zum 01. August 2014.“

Die Beklagte lehnte die Ansprüche unter dem 17. Juli 2014 ab. 6

Mit ihrer Klage hat die Klägerin Besitzstandszulage für die Zeit von November 2013 bis August 2014 verlangt. Sie hat die Auffassung vertreten, der freiwillige zusätzliche Wehrdienst im Anschluss an den Grundwehrdienst sei zwar keine unschädliche Unterbrechung iSv. § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA. Der Tarifvertrag dürfe freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst im Anschluss an den Grundwehrdienst aber nicht anders behandeln als die unschädlichen Unterbrechungen wegen Grundwehrdienstes oder Zivildienstes. Die Tarifvertragsparteien hätten ihren Gestaltungsspielraum überschritten. Besonders deutlich werde das an der Einordnung des gesamten Zivildienstes als unschädliche Unterbrechung ohne Unterscheidung nach gesetzlichem und freiwilligem zusätzlichem Zivildienst iSv. § 41a Zivildienstgesetz (ZDG), obwohl der Zivildienst nach Art. 12a GG ein Äquivalent des Wehrdienstes sei. Die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung könne nur beseitigt werden, wenn der freiwillige zusätzliche Wehrdienst in die Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA einbezogen werde. 7

Die Klägerin hat beantragt, 8

die Beklagte zu verurteilen, an sie 638,56 Euro brutto nebst Zinsen in im Einzelnen genannter, gestaffelter Höhe zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, die unschädlichen Unterbrechungstatbestände für die Besitzstandszulage seien in § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA abschließend aufgeführt. Die Tarifvertragsparteien hätten den Anspruch nur in den eng begrenzten Ausnahmefällen dieser Norm wieder aufleben lassen wollen, um den Systemwechsel zu vollziehen und keine kinderbezogenen Entgeltbestandteile mehr zu leisten. Es sei nicht gleichheitswidrig, dass die Tarifvertragsparteien den freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst nicht als unschädliche Unterbrechung der Kindergeldberechtigung 9

gung iSv. § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA eingeordnet hätten. Dieser Wehrdienst beruhe nicht auf einer allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht, sondern sei ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis auf freiwilliger Basis, das mit einem Beamtenverhältnis auf Zeit vergleichbar sei. Die Besitzstandszulage sei durch das Geltendmachungsschreiben vom 20. Juni 2014 nicht hinreichend beziffert. Jedenfalls sei der Anspruch für November 2013 nach § 37 Abs. 1 TVöD-AT verfallen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag weiter. 10

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Die Klage hat in der Sache keinen Erfolg. 11

A. Das Berufungsurteil stellt sich nicht schon wegen einer Versäumung der Ausschlussfrist des § 37 Abs. 1 TVöD-AT im Ergebnis als richtig dar (§ 561 ZPO). Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Klägerin jedenfalls die Ansprüche für die Zeit von Dezember 2013 bis August 2014 rechtzeitig innerhalb von sechs Monaten schriftlich geltend gemacht hat. 12

I. Tarifliche Ausschlussfristen dienen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Der Anspruchsgegner soll sich auf die nach Auffassung des Anspruchstellers noch offene Forderung rechtzeitig einstellen, Beweise sichern und ggf. Rücklagen bilden können. Er soll vor der Verfolgung von Ansprüchen, mit deren Geltendmachung er nicht rechnet und nicht rechnen muss, geschützt werden (vgl. BAG 18. Februar 2016 - 6 AZR 628/14 - Rn. 16; 18. Februar 2016 - 6 AZR 700/14 - Rn. 45). Für eine ordnungsgemäße Geltendmachung iSv. § 37 Abs. 1 TVöD-AT ist erforderlich, dass der Anspruchsgegner zur Erfüllung eines bestimmten Anspruchs aufgefordert wird. Der Anspruchsgegner muss erkennen können, um welche Forderung es sich handelt. Der Anspruch ist seinem Grund nach hinreichend deutlich zu bezeichnen. Seine Höhe und der Zeitraum, für den 13

er verfolgt wird, müssen ersichtlich sein. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist eine Bezifferung nicht zwingend erforderlich (vgl. BAG 18. Februar 2016 - 6 AZR 628/14 - Rn. 20; 19. August 2015 - 5 AZR 1000/13 - Rn. 24, BAGE 152, 221).

II. Diesen Anforderungen wird das Geltendmachungsschreiben der Klägerin vom 20. Juni 2014 zumindest für die Zeit ab Dezember 2013 gerecht. Die Klägerin benannte den Anspruchsgrund der kinderbezogenen Besitzstandszulage aus dem Überleitungstarifvertrag für die Vergangenheit bis August 2014. Sie stellte zudem klar, dass die Kindergeldzahlung für ihren Sohn seit Juli 2010 wieder aufgenommen worden war. Die Klägerin brauchte die Forderungen nicht zu beziffern, weil die Beklagte die Besitzstandszulage in der Vergangenheit stets eigenständig berechnet hatte und die genaue Höhe der Ansprüche kannte. Mit dem Schreiben vom 20. Juni 2014 konnte die Klägerin nach § 37 Abs. 1 Satz 2 TVöD-AT auch die später fällig werdenden Ansprüche erheben. 14

B. Für die jedenfalls für die Monate von Dezember 2013 bis August 2014 rechtzeitig geltend gemachten Ansprüche besteht jedoch keine Anspruchsgrundlage. § 11 Abs. 1 TVÜ-VKA begründet keinen erneuten Anspruch auf Besitzstandszulage nach Beendigung des freiwilligen zusätzlichen Wehrdienstes iSv. § 6b WPfIG des Sohns der Klägerin, obwohl die Klägerin seit 1. Juli 2010 wieder kindergeldberechtigt war. 15

I. Der Wortlaut des § 11 Abs. 1 TVÜ-VKA ist auch aus Sicht der Klägerin eindeutig. 16

1. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-VKA besteht der Anspruch auf Besitzstandszulage nur, solange und soweit für die im September 2005 zu berücksichtigenden Kinder ohne Unterbrechung Kindergeld gezahlt wird oder ohne Berücksichtigung der §§ 64, 65 EStG oder der §§ 3, 4 BKGG gezahlt würde. Entscheidend ist nicht der tatsächliche Kindergeldbezug, sondern die materielle Kindergeldberechtigung im September 2005 (vgl. BAG 13. August 2009 - 6 AZR 319/08 - Rn. 26). Die Klägerin war nach den unangegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts für ihren im September 2005 zu berücksichtigenden 17

Sohn jedenfalls bis Juli 2008 und von Juli 2010 bis August 2014 kindergeldberechtigt.

2. Der Anspruch auf Besitzstandszulage lebt lediglich dann nach § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA wieder auf, wenn der Anspruch auf Kindergeld und damit der Anspruch auf Besitzstandszulage wegen der Ableistung von Grundwehrdienst, Zivildienst, Wehrübungen oder eines freiwilligen sozialen oder ökologischen Jahres unterbrochen wurde. Der betreffende Tatbestand der unschädlichen Unterbrechung in § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA ist ausdrücklich auf den Grundwehrdienst verengt. Die Tatbestände der unschädlichen Unterbrechung sind in § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA abschließend genannt. § 11 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA stehen in einem eindeutigen und abschließenden Regel-Ausnahme-Verhältnis. Hätten die Tarifvertragsparteien die Aufzählung des § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA nur beispielhaft gemeint, hätten sie einen Zusatz wie „zB“, „insbesondere“ oder „etwa“ verwandt (vgl. BAG 25. April 2013 - 6 AZR 711/11 - Rn. 15; 14. April 2011 - 6 AZR 734/09 - Rn. 13). 18

3. Aus diesen Gründen kann § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA auch nicht analog auf den freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst angewandt werden. Es handelt sich um keine planwidrige Regelungslücke, sondern um eine bewusste Entscheidung der Tarifvertragsparteien. Der freiwillige zusätzliche Wehrdienst im Anschluss an den Grundwehrdienst nach § 6b WPfIG wurde mWv. 1. Januar 1996 durch Gesetz vom 15. Dezember 1995 (BGBl. I S. 1726) eingeführt. Die Tarifvertragsparteien des am 1. Oktober 2005 in Kraft getretenen TVÜ-VKA verzichteten demnach bewusst darauf, den freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst in den Katalog der unschädlichen Unterbrechungstatbestände aufzunehmen. 19

II. Die Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA ist mit Art. 3 Abs. 1 iVm. Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar. Sie benachteiligt Eltern nicht gleichheitswidrig, wenn ihnen nach einer Unterbrechung wegen freiwilligen zusätzlichen Wehrdienstes zwar aufgrund von §§ 1 f. BKG, § 32 EStG wieder Kindergeld, aber nach § 11 Abs. 1 TVÜ-VKA keine Besitzstandszulage zusteht. 20



Die Regelung lässt auch die von Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Belange dieser Eltern nicht gleichheits- oder sachwidrig außer Acht.

1. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln sowie wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis dagegen vorenthalten wird. Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen reicht er vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse. Im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 GG sind erhöhte Anforderungen zu stellen (*vgl. für die st. Rspr. BVerfG 8. Juni 2016 - 1 BvR 3634/13 - Rn. 16 und 19*). 21

2. Tarifvertragsparteien sind bei der tariflichen Normsetzung nicht unmittelbar grundrechtsgebunden. Sie sind auch nicht gehalten, durch tarifliche Regelungen zum besonderen Schutz von Ehe und Familie beizutragen (*vgl. BAG 17. März 2016 - 6 AZR 92/15 - Rn. 24*). Die Schutzfunktion der Grundrechte verpflichtet die Arbeitsgerichte aber 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 Acht lässt und deshalb Art. 3 GG verletzt. Den Tarifvertragsparteien kommt als selbständigen Grundrechtsträgern aufgrund der von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Wie weit dieser Spielraum reicht, hängt von den Differenzierungsmerkmalen im Einzelfall ab. Den Tarifvertragsparteien steht hinsichtlich der tatsächlichen Gegebenheiten und der betroffenen Interessen eine Einschätzungsprärogative zu. Sie sind nicht verpflichtet, die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung zu wählen (*vgl. nur BAG 17. März 2016 - 6 AZR 92/15 - Rn. 24; 14. April 2011 - 6 AZR 734/09 - Rn. 16*). 22

3. Die Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA wird diesen Anforderungen gerecht. 23
- a) Die Klägerin rügt, sie werde gleichheitswidrig gegenüber Arbeitnehmern benachteiligt, deren Kinder lediglich Grundwehrdienst ohne anschließenden freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst oder Zivildienst leisteten. Der freiwillige zusätzliche Wehrdienst im Anschluss an den Grundwehrdienst nach § 6b WPflG sei ebenso wie der Grundwehrdienst oder Zivildienst als unschädliche Unterbrechung iSv. § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA zu behandeln. Die Überschreitung des Gestaltungsspielraums der Tarifvertragsparteien zeige sich vor allem daran, dass der gesamte Zivildienst als unschädliche Unterbrechung eingeordnet sei. Zwischen gesetzlichem Zivildienst und freiwilligem zusätzlichem Zivildienst iSv. § 41a ZDG werde nicht unterschieden. 24
- b) Die Tarifvertragsparteien durften den endgültigen Untergang des Anspruchs auf Besitzstandszulage für Fälle freiwilligen zusätzlichen Wehrdienstes im Anschluss an den Grundwehrdienst anordnen. Sie waren berechtigt, ihn von Grundwehrdienst und Zivildienst zu unterscheiden. 25
- aa) Tarifvertragsparteien dürfen bei der Gruppenbildung generalisieren und typisieren. Es steht ihnen frei, bestimmte, in wesentlichen Elementen gleichgeartete Lebenssachverhalte normativ zusammenzufassen. Zugleich können sie Besonderheiten, die im Tatsächlichen durchaus bekannt sind, generalisierend vernachlässigen, sofern die von ihnen vorgenommenen Verallgemeinerungen im Normzweck angelegt sind und diesem nicht widersprechen (*vgl. BAG 14. April 2011 - 6 AZR 734/09 - Rn. 20; 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - Rn. 26, BAGE 129, 93*). 26
- bb) Die Tarifvertragsparteien des TVÜ-VKA durften bestimmen, dass der bei Überleitung in den TVöD bestehende Besitzstand der Arbeitnehmer grundsätzlich mit dem Ende der Kindergeldberechtigung erlischt. 27
- (1) In der als reine Besitzstandsregelung ausgestalteten Bestimmung des § 11 TVÜ-VKA ist die Differenzierung danach, ob der Besitzstand ununterbro-

chen fortbesteht oder der Anspruch auf Kindergeld ganz oder vorübergehend untergeht, bereits angelegt. Mit dieser Regelung lösten sich die Tarifvertragsparteien von dem zuvor bestehenden Automatismus, der den Anspruch auf die kinderbezogenen Entgeltbestandteile durch eine tarifliche Verweisung an den gesetzlichen Anspruch auf Kindergeld band (vgl. BAG 25. April 2013 - 6 AZR 711/11 - Rn. 14; 13. März 2008 - 6 AZR 294/07 - Rn. 14). Seit Inkrafttreten des TVöD am 1. Oktober 2005 ist die über § 11 TVÜ-VKA gesicherte kinderbezogene Entgeltkomponente nur noch eine Garantie des Besitzstands, der zu diesem Zeitpunkt bestand, und nicht länger ein Beitrag zu den Unterhaltslasten für das Kind (vgl. BAG 14. April 2011 - 6 AZR 734/09 - Rn. 21).

(2) Die Tarifvertragsparteien waren verfassungsrechtlich nicht dazu verpflichtet, den Anspruch auf Besitzstandszulage bei wieder auflebender Kindergeldberechtigung an spätere, Eltern begünstigende Gesetzeslagen anzupassen. 29

(a) Die Tarifvertragsparteien verfolgten das Ziel, den bei Inkrafttreten des TVÜ-VKA am 1. Oktober 2005 erlangten Besitzstand bestimmter Personengruppen zu sichern. Der in § 11 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-VKA verwandte Begriff des Besitzstands knüpft an einen zum Stichtag des 1. Oktober 2005 begünstigten Personenkreis an (vgl. für § 11 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-Bund: BVerwG 16. Dezember 2010 - 2 C 41.09 - Rn. 11; 16. Dezember 2010 - 2 C 51.09 - Rn. 11). Dazu waren die Tarifvertragsparteien im Rahmen ihrer Einschätzungsprärogative berechtigt. Sie werden durch die Verfassung nicht dazu verpflichtet, durch tarifliche Regelungen ein auf Ehe und Familie bezogenes erhöhtes Schutzniveau zu schaffen. Der Schutzauftrag aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG richtet sich nicht an die Tarifvertragsparteien, sondern an den Staat (vgl. BAG 17. März 2016 - 6 AZR 92/15 - Rn. 24 mwN und Rn. 26). Tarifvertragsparteien steht es frei, ob und in welchem Umfang sie neben den rein arbeitsleistungsabhängigen Vergütungen durch einen zusätzlichen Entgeltbestandteil einen sozialen, familienbezogenen Ausgleich gewähren wollen. Die Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes entschlossen sich zu einem Systemwechsel und gaben die ehe- und familienbezogene Ausgleichsfunktion eines Teils des Entgelts 30

für die Zukunft auf. Sie waren daher auch nicht durch die Grundsätze der Folgerichtigkeit an ihre frühere Grundentscheidung, familienbezogene Vergütungsbestandteile zu gewähren, gebunden (vgl. für die Steuergesetzgebung [Pendlerpauschale] BVerfG 9. Dezember 2008 - 2 BvL 1/07, 2 BvL 2/07, 2 BvL 1/08, 2 BvL 2/08 - Rn. 80, BVerfGE 122, 210; zu § 11 Abs. 1 TVÜ-VKA BAG 18. Dezember 2008 - 6 AZR 287/07 - Rn. 23, BAGE 129, 93).

(b) Von dem im Stichtag des 1. Oktober 2005 begünstigten Personenkreis und damit dem Anspruchsgrund zu unterscheiden ist die Höhe der Besitzstandszulage. Besteht der Anspruch, nimmt die Zulage an der allgemeinen Entgeltentwicklung teil (vgl. BAG 25. Februar 2010 - 6 AZR 809/08 - Rn. 12 f.; 25. Februar 2010 - 6 AZR 877/08 - Rn. 12 f.; für § 11 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-Bund: BVerwG 16. Dezember 2010 - 2 C 41.09 - Rn. 10; 16. Dezember 2010 - 2 C 51.09 - Rn. 10). 31

(c) Das ändert nichts daran, dass für das „Ob“ des Anspruchs und die Frage der gleichheitswidrigen Benachteiligung nach dem Tarifzweck der im Stichtag des 1. Oktober 2005 begünstigte Personenkreis maßgeblich ist. Nach dem Tarifzweck durften die Tarifvertragsparteien den freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst des § 6b WPfIG dem Regelfall der schädlichen Unterbrechung iSv. § 11 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-VKA zuordnen. Sie waren berechtigt, ihn von den ausnahmsweise unschädlichen Unterbrechungen des Grundwehrdienstes und des Zivildienstes nach § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA zu unterscheiden. 32

(3) Die Klägerin war im September 2005 und damit im Stichtag des 1. Oktober 2005 materiell kindergeldberechtigt iSv. § 11 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-VKA. Ihre Berechtigung dauerte bis einschließlich Juli 2008 an, bis ihr Sohn im August 2008 seinen Grundwehrdienst antrat. Die Kindergeldberechtigung der Klägerin wurde durch den Grundwehrdienst unschädlich unterbrochen iSv. § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA. Mit Antritt des freiwilligen zusätzlichen Wehrdienstes im Anschluss an den Grundwehrdienst im Mai 2009 endete die unschädliche Unterbrechung, ohne dass ein Gleichheitsverstoß gegenüber den Personengruppen der Eltern von ausschließlich Grundwehrdienst oder Zivildienst leistenden Kindern eintrat. 33

(4) Der Grundwehrdienst iSv. § 5 WPfIG und der bei rechtmäßiger Verweigerung an seine Stelle tretende Zivildienst sind staatsbürgerliche Pflichten, die Verfassung und Gesetz wehrpflichtigen Männern auferlegen (vgl. *BVerfG* 20. Dezember 1960 - 1 BvL 21/60 - zu D I der Gründe, *BVerfGE* 12, 45). Durch die Verankerung in Art. 12a GG ist die Wehrpflicht zu einer verfassungsrechtlichen Pflicht erhoben. Das Grundgesetz hält es für grundsätzlich zumutbar, dass der Wehrpflichtige seinen Bürgerdienst erfüllt, und stellt die damit notwendigerweise verbundenen Nachteile gegenüber dem staatlichen Wehrinteresse zurück. Der Eingriff ist durch Art. 12a Abs. 1 GG speziell verfassungsrechtlich legitimiert (vgl. *BVerfG* 17. Mai 2004 - 2 BvR 821/04 - zu III 2 c aa der Gründe, *BVerfGK* 3, 222; 26. Mai 1970 - 1 BvR 83/69, 1 BvR 244/69, 1 BvR 345/69 - zu C I 4 c der Gründe, *BVerfGE* 28, 243; sh. ferner die Entwurfsbe gründung des Wehrrechtsänderungsgesetzes 2011 vom 28. April 2011 [*BGBI. I* S. 678] in *BT-Drs.* 17/4821 S. 13). Das gilt auch für den Zivildienst als Surrogat der primären Pflicht aus Art. 12a GG. Diese Pflichten sind dadurch gerechtfertigt, dass der Staat seiner in der Verfassung übernommenen Verpflichtung, die verfassungsmäßige Ordnung, vor allem die Grundrechte seiner Bürger zu schützen, nur mithilfe des Einsatzes dieser Bürger für den Bestand der Bundesrepublik Deutschland nachkommen kann (vgl. *BAG* 22. April 2010 - 6 AZR 966/08 - Rn. 30, *BAGE* 134, 160; *BVerwG* 19. Januar 2005 - 6 C 9.04 - zu 2 a cc (1) der Gründe, *BVerwGE* 122, 331). Aufgrund des gerechtfertigten Grundrechtseingriffs erklärt sich, dass der Grundwehrdienst und der zu seinem Ersatz geleistete Zivildienst zu unschädlichen Unterbrechungen des Anspruchs auf Besitzstandszulage iSv. § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA führen. Entsprechendes gilt für den Tatbestand der Wehrübungen.

(5) Die Tarifvertragsparteien waren berechtigt, den freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst im Anschluss an den Grundwehrdienst abweichend vom Grundwehrdienst nicht in die unschädlichen Unterbrechungstatbestände des § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA einzubeziehen.

(a) Der in § 6b WPfIG geregelte freiwillige zusätzliche Wehrdienst im Anschluss an den Grundwehrdienst ist nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 WPfIG zwar ebenso

wie der Grundwehrdienst des § 5 WPfIG (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 WPfIG) vom Oberbegriff des Wehrdienstes iSv. § 4 Abs. 1 WPfIG umfasst. Der während der Dienstzeit des Sohns der Klägerin höchstens 14-monatige freiwillige zusätzliche Wehrdienst (§ 6b Abs. 1 Satz 3 WPfIG idF vom 16. September 2008, BGBl. I S. 1886) beruht anders als der Grundwehrdienst aber nicht auf einem gerechtfertigten Grundrechtseingriff, sondern auf freiwilliger Verpflichtung. Die freie Willensentschließung ist ein anderer Sachverhalt als der Zwang des Einberufungsbescheids beim Grundwehrdienst. Dieser sachliche Grund berechtigte die Tarifvertragsparteien innerhalb ihres weiten Gestaltungsspielraums dazu, für die Besitzstandszulage zwischen Grundwehrdienst und freiwilligem zusätzlichen Wehrdienst im Anschluss an den Grundwehrdienst zu unterscheiden.

(b) Ein weiteres sachliches Unterscheidungskriterium zwischen Grundwehrdienst und freiwilligem zusätzlichen Wehrdienst sind die unterschiedlichen Bezüge während der beiden Dienste. 37

(aa) Dem Sohn der Klägerin stand während des freiwilligen zusätzlichen Wehrdienstes im Anschluss an seinen neunmonatigen Grundwehrdienst nach § 8c Abs. 1 und Abs. 2 Wehrsoldgesetz (WSG) idF vom 13. August 2008 (BGBl. I S. 1718) zusätzlich zu Wehrsold und Sachbezügen täglicher Wehrdienstzuschlag zu. Einen monatlichen oder täglichen Wehrdienstzuschlag sahen alle vorangegangenen Gesetzesfassungen des § 8c WSG seit Schaffung des freiwilligen zusätzlichen Wehrdienstes nach § 6b WPfIG mWv. 1. Januar 1996 vor (Wehrrechtsänderungsgesetz 1995 vom 15. Dezember 1995, BGBl. I S. 1726). Im Stichtag des Inkrafttretens des TVöD und des TVÜ-VKA am 1. Oktober 2005 galt § 8c WSG idF vom 30. Mai 2005 (BGBl. I S. 1510). 38

(bb) Ähnlich wie § 2 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 BKGG und § 32 Abs. 4 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 EStG beschreiben die Tatbestände des § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA in typisierender Weise bestimmte Bedürftigkeitslagen. Während dieser Zeiten sind Kinder trotz Volljährigkeit auf Unterhalt ihrer Eltern angewiesen. Die Eltern sind dadurch in ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit gemindert. 39

(cc) Der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien ist durch die Typisierung der für den freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst abgelehnten vergleichbaren Bedürftigkeitslage nicht überschritten. Entscheidend ist, dass dem Dienstverpflichteten während des freiwilligen zusätzlichen Wehrdienstes in der Dienstzeit des Sohns der Klägerin ergänzend zum Wehrsold und den Sachbezügen Wehrdienstzuschlag zustand. Bei typisierender Betrachtung stellten der Wehrsold, die Sachbezüge und der Wehrdienstzuschlag den vollen Unterhalt des Wehrdienstleistenden sicher. Zusätzliche Unterhaltsleistungen der Eltern waren nicht erforderlich. 40

(dd) Für den freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst nach § 6b WPfIG gilt nichts anderes als für den freiwilligen Wehrdienst. Der freiwillige Wehrdienst wurde mit Aussetzung der Wehrpflicht und damit des Grundwehrdienstes und des gesetzlichen Zivildienstes zum 1. Juli 2011 durch das Wehrrechtsänderungsgesetz 2011 vom 28. April 2011 geschaffen (*BGBI. I S. 678*). Er war zunächst in §§ 54 bis 62 WPfIG geregelt und wurde durch das Fünfzehnte Gesetz zur Änderung des Soldatengesetzes (SG) vom 8. April 2013 mWv. 13. April 2013 in §§ 58b bis 58h SG überführt (*SGÄndG 15, BGBI. I S. 730*). Für den freiwilligen Wehrdienst werden neben dem Wehrsold und den Sachbezügen Leistungen nach dem Unterhaltssicherungsgesetz (USG) erbracht. Soldaten, die freiwilligen Wehrdienst leisten, sind deswegen typisierend betrachtet nicht unterhaltsbedürftig (*vgl. BFH 3. Juli 2014 - III R 53/13 - Rn. 19, BFHE 246, 437; sh. auch das Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern vom 21. September 2015 - D 5 - 31002/9#1 - S. 3 ff.*). 41

(c) Die Differenzierung zwischen Grundwehrdienst und freiwilligem zusätzlichem Wehrdienst wirkt zulasten der später wieder kindergeldberechtigten Eltern von Kindern, die freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst leisteten. Sie schließt diese Eltern wegen der unterschiedlichen tatsächlichen Anknüpfungspunkte der Freiwilligkeit und der unterschiedlichen Besoldungsstrukturen jedoch nicht gleichheitswidrig von der Leistung aus. 42

- (6) Auch der Umstand, dass der Zivildienst im Unterschied zum freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst in die Tatbestände der unschädlichen Unterbrechungen einbezogen ist, führt nicht zu einem Gleichheitsverstoß. 43
- (a) Der Klägerin ist darin zuzustimmen, dass der mit dem Wehrrechtsänderungsgesetz 2010 vom 31. Juli 2010 (*BGBI. I S. 1052*) mWv. 1. Dezember 2010 geschaffene freiwillige zusätzliche Zivildienst nach § 41a Abs. 4 Satz 1 ZDG Zivildienst iSd. Zivildienstgesetzes ist. Er konnte nach § 41a Abs. 1 ZDG ab 1. Dezember 2010 für die Dauer von mindestens drei bis zu höchstens sechs Monaten im Anschluss an die zuletzt sechsmonatige Pflichtzivildienstzeit geleistet werden. § 41a Abs. 3 ZDG legt fest, dass diejenigen, die freiwilligen zusätzlichen Zivildienst leisteten, statusrechtlich weiter Dienstleistende waren, also in einem ununterbrochenen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis standen. In diesen Fällen wurde das Ende der Dienstzeit durch Abänderung des Einberufungsbescheids neu festgesetzt (§ 41a Abs. 2 Satz 2 ZDG). 44
- (b) Entsprechendes galt für Zivildienstleistende, die bei Inkrafttreten des Wehrrechtsänderungsgesetzes 2010 vom 31. Juli 2010 am 1. Dezember 2010 (*BGBI. I S. 1052*) nach der Übergangsvorschrift des § 81 Abs. 1 Satz 2 ZDG ihren Zivildienst auf eigenen Antrag freiwillig verlängerten. Sonst waren die Dienstleistenden, die am 31. Dezember 2010 sechs Monate oder länger Zivildienst geleistet hatten, mit Ablauf dieses Tages aus dem Zivildienst zu entlassen (§ 81 Abs. 1 Satz 1 ZDG). Nach dem Wortlaut von § 81 Abs. 1 ZDG handelte es sich bei dem verlängerten Dienst um Zivildienst. 45
- (c) Für die beiden Freiwilligendienste des § 41a und des § 81 ZDG erhielten die Dienstleistenden die Bezüge von Zivildienstleistenden aufgrund gesetzlicher Verpflichtung. Die Bezüge entsprachen in ihrer Gesamthöhe den Bezügen von Grundwehrdienstleistenden. Zivildienstleistende erhielten allerdings idR höhere Geldleistungen, weil ihnen regelmäßig geringere Sachleistungen etwa für die Dienstunterkunft, die Dienstkleidung und die Verpflegung zugutekamen. 46



(d) Beide Regelungen - §§ 41a und 81 ZDG - beruhen darauf, dass die Dauer des Wehr- und des Zivildienstes durch das Wehrrechtsänderungsgesetz 2010 vom 31. Juli 2010 mWv. 1. Dezember 2010 von neun Monaten auf sechs Monate verringert worden war (*BGBI. I S. 1052*). Die vorerst letzten Zivildienstverhältnisse endeten am 31. Dezember 2011 (§ 83 Abs. 4 Satz 1 ZDG). Dem lag die Aussetzung der Wehrpflicht und des gesetzlichen Zivildienstes mWv. 1. Juli 2011 durch das Wehrrechtsänderungsgesetz 2011 vom 28. April 2011 zugrunde (*BGBI. I S. 678*). 47

(e) Der Senat kann offenlassen, ob die beiden Freiwilligendienste der §§ 41a und 81 ZDG dem Tatbestand der unschädlichen Unterbrechung wegen Zivildienstes nach § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA unterfallen (*vgl. in diesem Sinn das Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern vom 21. Februar 2011 - D5 - 220 210-1/11 -, aufgehoben durch Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern vom 21. September 2015 - D 5 - 31002/9#1 -*). 48

(aa) Dagegen spricht, dass es die beiden Freiwilligendienste bei Inkrafttreten des TVÜ-VKA am 1. Oktober 2005 noch nicht gab. Der Besitzstands begriff des § 11 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-VKA knüpft an den zum Stichtag des 1. Oktober 2005 begünstigten Personenkreis an (*vgl. für § 11 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-Bund: BVerwG 16. Dezember 2010 - 2 C 41.09 - Rn. 11; 16. Dezember 2010 - 2 C 51.09 - Rn. 11*). Die Tarifvertragsparteien konnten bei der Gestaltung der Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA künftige gesetzgeberische Handlungen nicht vorhersehen. 49

(bb) Die Klägerin ist selbst dann, wenn die beiden Freiwilligendienste der §§ 41a und 81 ZDG den Tatbestand des Zivildienstes iSv. § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA erfüllen sollten, nicht gleichheitswidrig benachteiligt. Ihr Sohn leistete seinen freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst bis einschließlich Juni 2010, dh. zu einer Zeit, in der die beiden zum 1. Dezember 2010 begründeten freiwilligen Zivildienste noch nicht geschaffen worden waren. Während der Dienstzeit des Sohns der Klägerin gab es die beiden später begünstigten Vergleichsgruppen noch nicht. 50

(7) Der mWv. 3. Mai 2011 durch das Gesetz über den Bundesfreiwilligendienst (*BFDG, BGBl. I S. 687*) geschaffene Bundesfreiwilligendienst ist jedenfalls kein Tatbestand des § 11 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 TVÜ-VKA. Es handelt sich um keinen Fall der Unterbrechung der Kindergeldberechtigung. Während der Dauer des Bundesfreiwilligendienstes sind Eltern unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. d aE BKGG und des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. d aE EStG kindergeldberechtigt. Der Bundesfreiwilligendienst lässt die Kindergeldberechtigung ebenso wie ein freiwilliges soziales oder ökologisches Jahr unberührt. Der Anspruch auf Besitzstandszulage besteht fort, wenn den Erfordernissen des § 11 Abs. 1 Satz 1 TVÜ-VKA genügt ist (*für das freiwillige soziale oder ökologische Jahr BAG 14. April 2011 - 6 AZR 734/09 - Rn. 26*). Die Begünstigung des Bundesfreiwilligendienstes durch die fortbestehende Kindergeldberechtigung gegenüber dem freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst ist sachlich gerechtfertigt. Während der verschiedenen Dienste besteht keine vergleichbare Bedürftigkeitslage. Soldaten, die freiwilligen zusätzlichen Wehrdienst leisteten, erhielten während der Dienstzeit des Sohns der Klägerin neben dem Wehrsold und den Sachbezügen tägliche Wehrdienstzuschläge. Während des jetzigen freiwilligen Wehrdienstes wird Unterhaltssicherung geleistet. Dem entspricht das Taschengeld iSv. § 2 Nr. 4 Halbs. 2 BFDG während des Bundesfreiwilligendienstes nicht, weil es den Unterhaltsbedarf nicht vollständig deckt (*vgl. BFH 3. Juli 2014 - III R 53/13 - Rn. 19, BFHE 246, 437*). Hinzu kommt, dass auch der Bundesfreiwilligendienst während der Dienstzeit des Sohns der Klägerin noch nicht eingerichtet worden war.

51

C. Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen.

52

Fischermeier

Gallner

Krumbiegel

Kreis

Lauth