

**5 Sa 1093/10**  
8 Ca 984/09  
(ArbG Regensburg - Kammer Landshut -)

Verkündet am: 18.05.2011

Gapp  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

C.  
C-Straße, C-Stadt

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

D.  
D-Straße, A-Stadt

gegen

E.  
A-Straße, A-Stadt

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte B.  
B-Straße, B-Stadt

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 16. Februar 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Wanhöfer und die ehrenamtlichen Richter Kießling und Balkheimer

**für Recht erkannt:**

- 1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Regensburg vom 09.09.2010 – Az. 8 Ca 984/09 – wird abgeändert:**

**Die Klage wird abgewiesen.**

- 2. Die Revision wird für die Klägerin zugelassen.**

**Tatbestand:**

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, mit der Klägerin ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis einzugehen.

Die Klägerin ist am 19.09.1952 geboren. Aufgrund Arbeitsvertrages vom 27.01.1993 (Bl. 14. f. d. A.) ist sie seit 01.06.1993 bei der Beklagten im Orthopädie-Zentrum C-Stadt, einem Eigenbetrieb der Beklagten, als Küchenhilfe beschäftigt. Ihr monatlicher Bruttolohn belief sich zuletzt auf € 2.387,56. Die Klägerin hat einen Grad der Behinderung von 30; eine Gleichstellung mit schwerbehinderten Menschen liegt nicht vor.

Auf das Arbeitsverhältnis findet der Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit der Tarifgemeinschaft der F. (TV ATZ-TgRV) Anwendung.

Der TV ATZ-TgRV regelt (auszugsweise) folgendes:

”

§ 2 Voraussetzungen der Altersteilzeit

- (1) Der Arbeitgeber kann mit Arbeitnehmern, die
- a) das 55. Lebensjahr vollendet haben,
  - b) eine Beschäftigungszeit (z. B. § 19 BAT/BAT-TgRV-O) von fünf Jahren vollendet haben und
  - c) innerhalb der letzten fünf Jahre vor Beginn der Altersteilzeit mindestens 1.080 Kalendarstage in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch gestanden haben,

die Änderung des Arbeitsverhältnisses in ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis auf der Grundlage des Altersteilzeitgesetzes vereinbaren; das Altersteilzeitarbeitsverhältnis muss ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Dritten Buches Sozialgesetzbuch sein.

- (2) Arbeitnehmer, die das 60. Lebensjahr vollendet haben und die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen, haben Anspruch auf Vereinbarung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer hat den Arbeitgeber drei Monate vor dem geplanten Beginn des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses über die Geltendmachung des Anspruchs zu informieren; von dem Fristenfordernis kann einvernehmlich abgewichen werden.
- (3) Der Arbeitgeber kann die Vereinbarung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses ablehnen, soweit dringende dienstliche bzw. betriebliche Gründe entgegenstehen.
- (4) Das Altersteilzeitarbeitsverhältnis soll mindestens für die Dauer von zwei Jahren vereinbart werden. Es muss vor dem 01. Januar 2010 beginnen.

“

Die Beklagte bewilligte in den letzten neun Jahren vor der Antragstellung der Klägerin alle von Mitarbeitern des Orthopädie-Zentrums gestellten Anträge, zuletzt zwei Anträge aus den Monaten Mai und Juni.

Mit Schreiben vom 10.10.2008 teilte die Beklagte den kaufmännischen Direktoren ihrer Eigenbetriebe unter anderem folgendes mit:

„...“

Da derzeit bei den Verwaltungen und Kliniken der E. vermehrt Anfragen und Anträge über Altersteilzeit von den Bediensteten gestellt werden, besteht für Sie im Einzelnen gewisser Handlungsbedarf. In Abstimmung mit der Abteilung Kliniken wurde folgende Vorgehensweise festgelegt:

1. Nach § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgDRV (Voraussetzungen der Altersteilzeit) kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ab Vollendung des 55. Lebensjahres die Altersteilzeit genehmigen. Für diese Kann-Regelung sehen wir derzeit keinen Spielraum aufgrund der wirtschaftlichen Situationen (z. B. Mehrkosten für Tarifsteigerungen) in den Kliniken. Aus diesem Grund empfehlen wir im Moment, alle Anträge auf Altersteilzeit, die nach den Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV gestellt werden, nicht zu genehmigen.
2. Bei Anträgen auf Altersteilzeit nach § 2 Abs. 2 TV ATZ-TgRV ist zu prüfen, ob die übrigen Voraussetzungen nach § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV erfüllt sind und ob der Bedienstete das 60. Lebensjahr vollendet hat. Durch die Regelungen im Tarifvertrag hat der Bedienstete einen Anspruch auf Altersteilzeit. Jeder einzelne Antrag muss jedoch genau geprüft werden, ob keine dringenden dienstlichen bzw. betrieblichen Gründe gegen eine Genehmigung der Altersteilzeit sprechen. Wenn die Klinik feststellt, dass dringende dienstliche bzw. betriebliche Gründe gegen eine Genehmigung sprechen, dann können derartige Anträge auf Altersteilzeit nicht genehmigt werden.

...“ (zum vollständigen Wortlaut des Schreibens vom 10.10.2008 wird auf Bl. 92 f. d. A. Bezug genommen, wiedergegeben auch im Tatbestand des Ersturteils vom 09.09.2010).

Im Rahmen der Personalversammlung vom 13.11.2008 der Mitarbeiter des Orthopädie-Zentrums C-Stadt wurde durch das Mitglied der Geschäftsführung der Beklagten G. den Mitarbeitern bekannt gegeben, dass Anträge auf Altersteilzeit nach § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV grundsätzlich nicht mehr genehmigt werden würden.

Mit Schreiben vom 27.11.2008 (Bl. 16 d. A.) beantragte die Klägerin den Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung spätestens ab Dezember 2009. Zum Zeitpunkt der Antragstellung hatte die Beklagte mit 11 der rund 145 Mitarbeiter des Orthopädie-Zentrums C-Stadt Altersteilzeitvereinbarungen abgeschlossen. Mit Schreiben vom 17.12.2008 lehnte die Beklagte den Antrag der Klägerin ab (Bl. 17 d. A.).

Im März 2009 schloss die Beklagte in der H. mit einer Kinderpflegerin (Jahrgang 1950) zum 01.05.2009 einen Altersteilzeitvertrag. Die Mitarbeiterin hatte ebenfalls nach dem 10.10.2008 einen Antrag auf Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung gestellt. Im Übrigen wurden von der Beklagten nach dem 10.10.2008 keine Altersteilzeitverträge gemäß § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV mehr geschlossen.

Die Klägerin hat geltend gemacht, sie habe gemäß § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV in Verbindung mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz einen Anspruch auf Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung. Die Ablehnung ihres Antrages entspreche nicht billigem Ermessen im Sinne des § 315 Abs. 1 BGB. Seit Jahren habe die Beklagte alle Anträge auf Altersteilzeit ohne Einschränkung bewilligt, insbesondere auch ohne Rücksicht auf eine Quote von 5 %. Die Antragsteller hätten das 55. Lebensjahr, aber noch nicht das 60. Lebensjahr vollendet gehabt. Eine geänderte Verfahrenspraxis sei ihr nicht bekannt gegeben worden, zumal sie an der Personalversammlung vom 13.11.2008 nicht teilgenommen habe. Die Beklagte sei ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen, den Mitarbeitern vor einer Änderung die Möglichkeit der Stellung eines Antrages einzuräumen. Ohnehin liege ein konkreter Stichtag, nach dem Altersteilzeitvereinbarungen von der Beklagten nicht mehr genehmigt werden würden, nicht vor. Aus dem Schreiben vom 10.10.2008 ergebe sich kein konkretes diesbezügliches Datum. Wenn überhaupt sei auf den jeweiligen Zugang bei den Adressaten abzustellen. Maßgebend sei die Kenntnis der von der Entscheidung betroffenen Arbeitnehmer. Nach der Rechtsprechung des BAG könne eine Stichtagsregelung nur greifen, wenn die betroffenen Arbeitnehmer hiervon rechtzeitig Kenntnis erlangten und noch eine ausreichende Antragsfrist verbleibe. Da die Beklagte auch nach dem 10.10.2008 noch die Altersteilzeitvereinbarung mit der Mitarbeiterin in H., die zwar das 55. Lebensjahr, aber noch nicht das 60. Lebensjahr vollendet habe, abgeschlossen habe, sei der Anspruch auch nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz gegeben (zum erstinstanzli-

chen Vortrag der Klägerin im Einzelnen wird auf ihre Schriftsätze vom 04.08.2009, 21.10.2009, 01.04.2010, 19.04.2010 und 19.06.2010, nebst Anlagen, Bezug genommen).

**Die Klägerin hat beantragt:**

**Die Beklagte wird dazu verurteilt, das Angebot der Klägerin vom 27.11.2008 zum Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung im Blockmodell vom 01.10.2009 bis 30.09.2015 anzunehmen.**

**Die Beklagte hat beantragt,**

**die Klage abzuweisen**

und sich darauf berufen, die Klägerin habe gemäß § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV nur einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung. Dieses Ermessen habe sie unter Berücksichtigung der persönlichen Situation der Klägerin und der wirtschaftlichen Interessen des Klinikbetriebes ausgeübt. Wie sich aus dem Schreiben vom 10.10.2008 an die Direktoren der Fachkliniken ergebe, habe sie eine Stichtagsregelung eingeführt, wonach aus finanziellen Gründen keine Anträge auf Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung mehr genehmigt würden. Diese Stichtagsregelung sei in Form der Einstellung des Protokolls der Klinikleitungskonferenz vom 23.10.2008 ins Intranet sowie durch Mitteilung auf der Personalversammlung am 13.11.2008 der Belegschaft mitgeteilt worden. Da der Abschluss von Altersteilzeitverträgen der Geschäftsführung vorbehalten sei, sei damit der 10.10.2008 der maßgebliche Stichtag für die geänderte Bewilligungspraxis. Eine individuelle Bekanntgabe gegenüber der Klägerin sei nicht notwendig gewesen, da der Stichtag nicht in der Zukunft gelegen habe. Für die Fälle, in denen ein Stichtag ohne Vorlaufzeit festgelegt werde, stelle sich die Frage einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch unterschiedliche Kenntniserlangung der Arbeitnehmer nicht. Auch wenn aufgrund der geänderten Verwaltungspraxis eine Selbstbindung eingetreten sei, lasse diese in atypischen Fällen, wie im Fall der Kinderpflegerin in H., eine andere Entscheidung zu. Grundsätzlich seien die Klinikleitungen für die Entscheidung über Altersteilzeitanträge zuständig. Die Geschäftsführung sei jedoch Vorgesetzter der Mitglieder der Klinikleitung und daher befugt, in besonderen Situationen entsprechende Anweisungen zu erteilen, wie dies mit Schrei-

ben vom 10.10.2008 erfolgt sei (zum erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten im Einzelnen wird auf ihre Schriftsätze vom 01.10.2009, 26.03.2010, 20.04.2010 und 09.07.2010, nebst Anlagen, Bezug genommen).

Das Arbeitsgericht verurteilte die Beklagte mit Urteil vom 09.09.2010, das Angebot der Klägerin auf Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung im Blockmodell vom 01.10.2009 bis 30.09.2015 anzunehmen. Die Klägerin habe einen Anspruch nach § 611 BGB i. V. m. § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV. Im Rahmen dieser tariflichen Vorschrift habe der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber bei der Entscheidung über seinen Antrag billiges Ermessen entsprechend § 315 Abs. 1 BGB wahre. Zwar sei ein Arbeitgeber berechtigt, ab einem bestimmten Stichtag seine Verwaltungspraxis zu ändern. Problematisch sei aber bereits, ob das Schreiben der Beklagten vom 10.10.2008 an die kaufmännischen Direktoren der Eigenbetriebe überhaupt eine verbindliche Stichtagsregelung beinhalte. Im Ergebnis werde lediglich eine Empfehlung ausgesprochen, an die sich die Klinikleitungen halten könnten, aber nicht müssten. Selbst wenn in dem Schreiben der Beklagten vom 10.10.2008 eine Stichtagsregelung gesehen werde, sei diese unwirksam. Die Beklagte sei nicht berechtigt, ihre Verwaltungspraxis durch einen in der Vergangenheit liegenden Stichtag und damit ohne Vorlaufzeit zu ändern, um so die in der Entscheidung des BAG vom 15.04.2008 zum Gleichbehandlungsgrundsatz erörterten Probleme zu umgehen. Eine solche Vorgehensweise sei jedenfalls ermessenfehlerhaft. Um den Grundsatz des Vorrangs von Arbeitnehmern mit älteren Rechten nicht ohne zwingende Notwendigkeit über Gebühr einzuschränken und eine faktische Überholung von Arbeitnehmern mit älteren Rechten weitestgehend auszuschließen, sei vom Arbeitgeber bei einer Änderung seiner Verwaltungspraxis zu verlangen, dass er einen Stichtag in der Zukunft wähle, um Arbeitnehmern mit älteren Rechten die hinreichende Möglichkeit zu geben, einen Antrag auf Abschluss einer Altersteilzeitvereinbarung zu stellen und so eine zufällige und damit willkürliche faktische Überholung von Arbeitnehmern mit älteren Rechten zu verhindern (zur Begründung des Arbeitsgerichts im Einzelnen wird auf das Urteil vom 09.09.2010 Bezug genommen).

In ihrer Berufung hält die Beklagte daran fest, dass sie ihr Ermessen im Sinne des § 315 BGB korrekt ausgeübt und den Antrag der Klägerin vom 27.11.2008 zulässigerweise abgelehnt habe. Das Arbeitsgericht gehe unzutreffend davon aus, dass der Arbeitgeber

grundsätzlich dazu verpflichtet sei, bei Änderung seiner Verwaltungspraxis im Hinblick auf den Abschluss von Altersteilzeitvereinbarungen einen Stichtag in der Zukunft zu wählen. Sie habe die Ablehnung des Antrages der Klägerin auf wirtschaftliche Erwägungen gestützt und diese umfassend dargelegt. Die Beschäftigung eines sog. Wiederbesetzers führe auch bei der durch die Bundesagentur für Arbeit geförderten Altersteilzeitregelung zu einer Mehrbelastung des Arbeitgebers, da die nach dem TV ATZ-TgRV vorgesehenen Leistungen von 83 % Mindestnettovergütung (§ 5 Abs. 2 TV ATZ) und die zusätzlich anfallenden Arbeitgeberanteile im Vergleich zu den Förderleistungen nach § 4 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 1 ATZG diese überstiegen. Das Ablehnungsschreiben vom 17.12.2008 nehme Bezug auf das Schreiben der Geschäftsführung vom 10.10.2008; daraus ergebe sich, dass die Ablehnung auf die wirtschaftliche Situation der Klinik gestützt worden sei. Das Schreiben der Geschäftsleitung an die kaufmännischen Direktoren vom 10.10.2008 sei auch keineswegs „unverbindlich“. Im Rahmen der Ermessensausübung komme hinzu, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung die sog. Überlastquote im Orthopädie-Zentrum C-Stadt weit überschritten gewesen sei. Die Klinikleitung habe ihr Recht, sich bei der Ablehnung des Antrags auf die Überforderungsquote zu stützen auch nicht verwirkt. Etwaige besondere Umstände, die darauf hätten schließen lassen, dass sie sich dauerhaft nicht auf die Überlastquote berufen werde, seien nicht gegeben. Aus dem vom Arbeitsgericht zitierten Urteil des BAG vom 15.04.2008 ergebe sich weder, dass Stichtage zur Änderung einer Verfahrenspraxis in der Zukunft liegen müssten, noch dass eine vorherige Bekanntmachung Wirksamkeitsvoraussetzung für eine ablehnende Entscheidung sei. Vorliegend sei kein Stichtag in der Zukunft, sondern eine Änderung der Verwaltungspraxis ex nunc festgesetzt worden. Die Geschäftsleitung habe am 10.10.2008 eine Änderung der Verfahrenspraxis beschlossen, welche den Mitarbeitern des Orthopädie-Zentrums C-Stadt in einer Personalversammlung am 13.11.2008 bekannt gemacht worden sei. Anders als bei einem Stichtag in der Zukunft könne es daher nicht zu einer „Überholung“ von Arbeitnehmern mit älteren Rechten kommen. Der von der Klägerin herangezogene Fall der Mitarbeiterin in der Fachklinik H. sei erkennbar ein Einzelfall, der auf besondere Umstände zurückzuführen sei (zur Berufungsbegründung der Beklagten im Einzelnen wird auf ihren Schriftsatz vom 05.01.2011 Bezug genommen).

**Die Beklagte beantragt**

**das Urteil des Arbeitsgerichts Regensburg vom 09.09.2010 – Az. 8 Ca 984/09  
- abzuändern und die Klage abzuweisen.**

**Die Klägerin beantragt**

**die Berufung zurückzuweisen**

und verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Die Beklagte habe weder ein Ermessen ausgeübt bzw. habe sie dies nicht ermessensfehlerfrei nach den Grundsätzen des billigen Ermessens gemäß § 315 Abs. 1 BGB getan. Dem Schreiben vom 10.10.2008 sei nicht zu entnehmen, dass überhaupt eine Ermessensentscheidung getroffen worden sei. Mit Nichtwissen werde bestritten, dass der kaufmännische Direktor des Orthopädie-Zentrums C-Stadt eine Ermessensentscheidung getroffen habe und zu einer solchen auch befugt gewesen sei. Im Übrigen könnten etwa wirtschaftliche Erwägungen nicht dazu führen, dass die Entscheidung zu ihren Ungunsten ausfalle. Die gewünschte Vertragsgestaltung übersteige weder ein Normalmaß, noch könne sie eine besondere Belastung der finanzkräftigen Beklagten bewirken. Der Abschluss eines Altersteilzeitvertrages mit der Klägerin wäre ohne jeden negativen Einfluss auf die marktwirtschaftliche Stellung des Orthopädie-Zentrums C-Stadt gewesen. Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass es für die Beklagte keine Möglichkeit einer Refinanzierung gegeben habe, sowie dass die Beklagte beschlossen habe, eine Ersatzeinstellung vorzunehmen. Mit Nichtwissen werde ferner bestritten, dass die Überlastquote des Orthopädie-Zentrums C-Stadt bei 7,6 % gelegen habe. Im Übrigen komme es hinsichtlich der Überlastungsquote auf den Arbeitgeber und nicht auf einen seiner Betriebe an. Der Anspruch ergebe sich jedenfalls aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung. Ausweislich der Altersteilzeitvereinbarung mit der Kinderpflegerin in H. habe die Beklagte den allgemeinen Ausschluss nach dem Stichtag aufgegeben. Zu ihren Gunsten komme hinzu, dass eine Schwerbehinderung mit einem GdB von 30 vorliege, sowie dass der monatliche Verdienst einer Küchenhilfe erheblich geringer sei als der einer Kinderpflegerin. Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass hinsichtlich einer Stichtagsregelung ein ordnungsgemäßer Beschluss des zuständigen Gremiums der Beklagten ergangen sei. Darüber hinaus sei für die Wirksamkeit eines Stichtages Voraussetzung, dass

der Stichtag den Arbeitnehmern bekannt gemacht werde. Ein Stichtag sei jedenfalls unwirksam, da die Beklagte nicht berechtigt sei, ihre Verwaltungspraxis durch einen in der Vergangenheit liegenden Stichtag zu ändern (zur Berufungserwiderung der Klägerin im Einzelnen wird auf ihren Schriftsatz vom 08.02.2011 Bezug genommen).

### **Entscheidungsgründe:**

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch darauf, dass diese mit ihr Altersteilzeit für die Zeit vom 01.10.2009 bis 30.09.2015 vereinbart. An denkbaren Anspruchsgrundlagen ist zu unterscheiden zwischen einem Anspruch aus § 611 BGB i.V.m. § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV, § 315 Abs. 1 BGB einerseits und dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz andererseits. Weder die Voraussetzungen der einen, noch der anderen Anspruchsgrundlage sind hier gegeben.

#### **1.**

Allerdings ist der auf Annahme des Vertragsangebots gerichtete Antrag der Klägerin nicht schon deshalb unbegründet, weil eine rückwirkende Änderung des Arbeitsverhältnisses ab 01.10.2009 verlangt wird. Seit Inkrafttreten des § 311 a Abs. 1 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 kommt die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung mit Rückwirkung in Betracht. Ein Vertragsangebot kann auch dann angenommen werden, wenn es auf eine Vertragsänderung zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt gerichtet ist. Im Unterschied zum alten Recht ist in § 311 a Abs. 1 BGB klargestellt, dass ein Vertrag selbst dann nicht nichtig ist, wenn er hinsichtlich der Vergangenheit tatsächlich nicht durchgeführt werden kann (BAG, Urteil vom 12.04.2011 – 9 AZR 19/10).

#### **2.**

Die Klägerin kann den erhobenen Anspruch nicht auf § 611 BGB i.V.m. § 2 Abs. 1 TV

ATZ-TgRV, § 315 Abs. 1 BGB stützen.

**a)**

Die Klägerin erfüllt zwar die allgemeinen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV. Sie hat zum Zeitpunkt des gewünschten Beginns des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses das 55. Lebensjahr vollendet und wird seit 01.06.1993, also weit über 5 Jahre, beschäftigt. Die Klägerin stand auch mindestens 1080 Kalendertage in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis nach dem SGB III.

**b)**

§ 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV räumt dem Arbeitnehmer aber keinen Anspruch auf Abschluss eines Änderungsvertrages ein. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, den Antrag auf Änderung des Arbeitsvertrages allein deshalb anzunehmen, weil der Arbeitnehmer die in der Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt. Die Tarifvertragsparteien haben die Entscheidung über die verlangte Vertragsänderung in das Ermessen des Arbeitgebers gestellt (BAG, Urteil vom 15.09.2009 – 9 AZR 643/08, NZA-RR 2010, S. 551; Urteil vom 14.10.2008 – 9 AZR 511/07, DB 2009, S. 2159).

Der Arbeitgeber ist allerdings nicht frei in der Ausübung seines Ermessens. Die Tarifvertragsparteien haben mit der Kann-Bestimmung in § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV nicht nur die Selbstverständlichkeit wiederholt, dass der Arbeitgeber Vertragsfreiheit genießt und mit seinen Arbeitnehmern Altersteilzeitarbeitsverträge schließen kann. Der Arbeitnehmer hat vielmehr Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber bei der Entscheidung über den Antrag billiges Ermessen entsprechend § 315 Abs. 1 BGB wahrt (BAG, Urteil vom 15.09.2009, a.a.O.).

Eine Entscheidung nach oder entsprechend § 315 BGB setzt voraus, dass die beiderseitigen Interessen abgewogen und dabei alle wesentlichen Umstände angemessen berücksichtigt werden. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hat. Ob die Entscheidung der Billigkeit entspricht, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, § 315 Abs. 3 S. 2 BGB.

Welche tatsächlichen Umstände in die Ermessensabwägung einzubeziehen sind, richtet sich nach dem jeweiligen Regelungsgegenstand. Da die Tarifvertragsparteien in ihrer Re-

gelung keine besonderen Umstände aufgeführt haben, die der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung über einen Antrag auf Altersteilzeit nach § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV zu berücksichtigen hat, kommen alle sachlichen Gründe in Betracht, die sich aus einem Wechsel des Arbeitnehmers in die Altersteilzeit ergeben (BAG, Urteil vom 14.10.2008, a.a.O.). Dringende dienstliche oder betriebliche Ablehnungsgründe im Sinne von § 2 Abs. 3 TV ATZ-TgRV sind nicht erforderlich, da sich letztere Vorschrift lediglich auf Arbeitnehmer im Sinne von § 2 Abs. 2 TV ATZ-TgRV, also auf Arbeitnehmer ab Vollendung des 60. Lebensjahres, bezieht (BAG, Urteil vom 15.09.2009, a.a.O.).

Als sachlicher Grund, der sich auf den Übergang in die Altersteilzeit bezieht, sind auch finanzielle Erwägungen anerkannt (BAG, Urteil vom 15.09.2009, a.a.O.; Urteil vom 12.12.2000 – 9 AZR 706/99, NZA 2001, S. 1209; Urteil vom 27.01.2011 – 8 AZR 280/09).

**c)**

Die Beklagte hat dargelegt, dass sich ihre Entscheidung den Altersteilzeitantrag der Klägerin abzulehnen, in den Grenzen billigen Ermessens nach § 315 Abs. 1 BGB hält.

**aa)**

Die Beklagte stützt sich darauf, sie habe sich im Rahmen der durch das Schreiben vom 10.10.2008 vorgegebenen Handhabung von Altersteilzeitanträgen nach § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV im Hinblick auf die mit der Bewilligung von Altersteilzeit verbundene finanzielle Mehrbelastung dazu entschlossen, den Altersteilzeitantrag der Klägerin abzulehnen. Allerdings führt die ErsatzEinstellung für sich genommen noch nicht von vornherein zu einer finanziellen Mehrbelastung. Was die Beklagte an Vergütung für die dreijährige Beschäftigung der Ersatzkraft aufwendet, spart sie andererseits dadurch ein, dass sie die Klägerin während derer sechsjährigen Altersteilzeit als Teilzeitkraft vergütet. Eine finanzielle Mehrbelastung besteht hier aber darin, dass § 5 Abs. 2 TV ATZ-TgRV eine Aufstockung auf 83 v.H. des Nettobetrages des bisherigen Arbeitsentgeltes vorschreibt und diese Aufstockung nur zu einem Teil nach § 4 ATZG erstattet wird. Weiter sind nach § 5 Abs. 4 TV ATZ-TgRV zusätzliche Beiträge zur Rentenversicherung zu entrichten.

Die finanzielle Mehrbelastung ist ein sachlicher Grund, der grundsätzlich geeignet ist, im Rahmen der Ausübung billigen Ermessens durch den Arbeitgeber für eine Ablehnung des

Altersteilzeitantrages herangezogen zu werden. Werden Altersteilzeitanträge allerdings – quasi automatisch – aus allein diesem Grund abgelehnt und bleiben die wesentlichen Umstände des Einzelfalles und die beiderseitigen Interessen im Übrigen von vornherein außer Betracht, würde damit § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV missachtet. Die von der Beklagten herangezogene finanzielle Mehrbelastung ist die typische Begleiterscheinung einer im Rahmen des TV ATZ-TgRV abgeschlossenen Altersteilzeitarbeitsverhältnisses, wenn die Stelle in der Freistellungsphase nachbesetzt werden muss. Auch wenn die nötige Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles generellen Vorentscheidungen des Arbeitgebers, wie er eine Tarifnorm in der Praxis umsetzt, nicht entgegensteht (BAG vom 17.08.2010 – 9 AZR 414/09, EzA § 4 TVG Altersteilzeit Nr. 33), wurde unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG bereits betont, dass § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV nicht nur die Selbstverständlichkeit wiederholt, dass der Arbeitgeber Vertragsfreiheit genießt und mit seinen Arbeitnehmern Altersteilzeitarbeitsverträge abschließen kann. Auch wenn der Arbeitgeber die finanziellen Gesichtspunkte in seine Ermessungsausübung einbeziehen kann, hat der Arbeitnehmer deshalb Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung auch die wesentlichen Umstände des Einzelfalles im Übrigen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt.

Die Beklagte kann sich hier im Rahmen der Ausübung billigen Ermessens aber zusätzlich darauf berufen, die Überlastquote sei überschritten, da bereits mehr als fünf von hundert der Arbeitnehmer des Orthopädie-Zentrums C-Stadt Altersteilzeit in Anspruch nehmen.

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass – anders als die Klägerin meint – die Überforderungsklausel auf die Arbeitnehmer eines Betriebes, nicht eines Unternehmens abstellt. (ErfKomm / Rolfs, § 3 ATZG, Rn. 24; - vgl. auch BAG vom 12.08.2008 – 9 AZR 620/07, NZA-RR 2009, S. 34). Das ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 3 ATZG zum anderen aus Sinn und Zweck, eine Überforderung von kleinen Betrieben oder Betrieben mit überdurchschnittlich vielen älteren Arbeitnehmern zu verhindern.

Der Vortrag der Beklagten, sie habe im Orthopädie-Zentrum C-Stadt mit deutlich mehr als 5 % ihrer Arbeitnehmer bereits ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis abgeschlossen, wird von der Klägerin nicht substantiiert bestritten. Soweit ihr Vortrag als Bestreiten mit Nichtwissen

zu verstehen sein sollte, lässt § 138 Abs. 4 ZPO hierfür keinen Raum. An anderer Stelle trägt sie konkret vor, die Beklagte habe in den letzten neun Jahren vor ihrer eigenen Antragstellung alle von Mitarbeitern des Orthopädie-Zentrums gestellten Anträge, zuletzt zwei Anträge aus den Monaten Mai und Juni, genehmigt, insbesondere auch ohne Rücksicht auf eine Quote von 5 %. Die Klägerin verfügt also offensichtlich über eigene Informationen zu Zahl und Praxis der bewilligten Altersteilzeitanträge. Sie kann sich deshalb hinsichtlich des Vortrages der Beklagten, zum Zeitpunkt der Antragstellung sei man bereits mit elf Mitarbeitern ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis eingegangen, nicht auf bloßes Nichtwissen zurückziehen.

Das Überschreiten der Überlastquote kann im Rahmen der Ermessensausübung und im Rahmen des § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV auch herangezogen werden. Da dieser Umstand ein Grund ist, den der Arbeitgeber sogar gegen Ansprüche aus § 2 Abs. 2 TV ATZ-TgRV einwenden kann, kann er ihn erst recht bei der Ausübung seines Ermessens im Rahmen von § 2 Abs. 1 berücksichtigen (BAG vom 14.10.2008 a.a.O.).

**bb)**

Gegenüber diesen von der Beklagten herangezogenen Gründen für die Ablehnung des Altersteilzeitantrages hat die Klägerin keine Gesichtspunkte genannt, die die Entscheidung der Beklagten ermessensfehlerhaft erscheinen lassen.

Das Argument, die gewünschte Vertragsgestaltung übersteige weder ein Normalmaß, noch könne sie angesichts der vergleichsweise niedrigen Vergütung als Küchenhilfe eine besondere Belastung bewirken, ist allenfalls geeignet, die von der Beklagten herangezogenen finanziellen Gesichtspunkte gegenüber anderen Gesichtspunkten zu relativieren. Soweit sich die Klägerin auf das Urteil des LAG München vom 17.07.2007 (6 Sa 1222/06) beruft, ist zu berücksichtigen, dass es dort um einen Anspruch aus § 2 Abs. 2 TV ATZ und nicht um Ermessensausübung ging.

Ein gewichtiger Gesichtspunkt könnte die gesundheitliche Situation der Klägerin sein. Ihr hierauf bezogener Vortrag ist für eine Verwertung im Rahmen einer Ermessensausübung aber untauglich. Dem Vortrag ist nur zu entnehmen, dass ein Grad der Behinderung von

30 vorliegt. In ihrem Antrag vom 27.11.2008 ist von „gesundheitlichen Einschränkungen“ die Rede. Inwiefern die Klägerin aus gesundheitlichen Gründen darauf angewiesen ist, vorzeitig im Wege der Freistellung aus dem Arbeitsverhältnis auszuschcheiden, insbesondere inwiefern ihre konkrete Belastung als Küchenhilfe und ihre gesundheitliche Situation zusammenhängen, ist nicht dargestellt. Ein Grad der Behinderung von 30 kann aufgrund verschiedenster gesundheitlicher Einschränkungen anerkannt werden; eine hiermit verbundene Belastung am Arbeitsplatz kann deshalb nicht automatisch abgeleitet werden.

Kein Ermessensfehler besteht darin, dass die Beklagte keinen in der Zukunft liegenden Stichtag festgesetzt hat. Im vom Arbeitsgericht herangezogenen Urteil des BAG vom 15.04.2008 (9 AZR 111/07, NZA-RR 2008, S. 547) wird die Problematik des Stichtages in der Zukunft unter dem Gesichtspunkt eines etwaigen Verstoßes gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz erörtert. Ermessungsausübung nach § 315 Abs. 1 BGB besteht dagegen in der Abwägung der zum Zeitpunkt der Antragstellung vorliegenden dafür und dagegen sprechenden Gesichtspunkte.

### **3.**

Die Klägerin hat auch keinen Anspruch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

#### **a)**

Allerdings ist ein Arbeitgeber, der bislang jedem Altersteilzeitantrag stattgegeben und auch mit mehr als 5 Prozent seiner Belegschaft Altersteilzeitarbeitsverträge abgeschlossen hat, an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden (BAG vom 15.04.2008, a.a.O).

#### **aa)**

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung seiner selbstgegebenen Regelung gleich zu behandeln. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird inhaltlich durch den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bestimmt. Bei freiwilligen Leistungen muss der Arbeitgeber die Leistungsvoraussetzungen so abgrenzen, dass Arbeitnehmer nicht aus sachfremden oder willkürlichen Gründen ausgeschlossen

werden. Verstößt der Arbeitgeber bei der Gewährung freiwilliger Leistungen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, hat der benachteiligte Arbeitnehmer Anspruch auf die vorerhaltene Leistung (BAG, Urteil vom 04.05.2010 – 9 AZR 155/09, NZA 2010, S. 1063; BAG, Urteil vom 15.04.2008 aaO; BAG, Urteil vom 14.08.2007 – 9 AZR 943/06, NZA 2008, S. 99).

Untersagt ist sowohl eine willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, als auch eine sachfremde Gruppenbildung. Die Gleichbehandlung knüpft nicht an einer Einzelentscheidung des Arbeitgebers an, sondern daran, dass dieser eine Gruppenbildung vornimmt und dabei entweder eine Gruppe sachwidrig bildet oder in sachwidriger Weise einen Arbeitnehmer aus einer Gruppe ausnimmt (BAG, Urteil vom 30.09.2003 – 9 AZR 590/02, DB 2004, S. 935).

Die Änderung der Handhabung bei der Bewilligung von Altersteilzeitverhältnissen führt zu einer Gruppenbildung. Die eine Gruppe sind diejenigen Arbeitnehmer, mit denen der Arbeitgeber vor der Änderung Altersteilzeitarbeitsverhältnisse abgeschlossen hat; die andere Gruppe besteht aus jenen Arbeitnehmern, denen der Arbeitgeber nach der Änderung den Abschluss von Altersteilzeitarbeitsverhältnissen verweigert.

Änderungen der Regeln von Altersteilzeit und Stichtagsregelungen sind grundsätzlich zulässig. Allein die Tatsache, dass ein Arbeitgeber die bisherige Handhabung generell für die Zukunft aufhebt, ist ein sachliches Differenzierungsmerkmal. So sind Stichtagsregelungen als „Typisierung in der Zeit“ ungeachtet der damit verbundenen Härten zur Abgrenzung des begünstigten Personenkreises zulässig (vgl. BAG v. 28.07.2004 – 10 AZR 19/04, NZA 2004, S. 1152). Die Zulässigkeit der Einführung eines Stichtages gilt, soweit sich der Arbeitgeber bereits über der tariflich in die Anspruchsvoraussetzungen einbezogenen Überforderungsquote des § 3 Abs. 1 Nr. 3 ATZG bewegt, in besonderem Maße. Die gen. Regelung schützt die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers und überlässt es ihm – weil eben sonst keine Entscheidungsfreiheit mehr gegeben wäre – u.a., ob er einen Stichtag bestimmt (BAG v. 15.04.2008, a.a.O).

**bb)**

Die Beklagte hat dargelegt, dass sie ihre Bewilligungspraxis von Altersteilzeitanträgen ausgehend vom Schreiben der Geschäftsleitung vom 10.10.2008 auch tatsächlich umge-

stellt hat. Wurden Altersteilzeitanträge zuvor ausnahmslos bewilligt, sollten Altersteilzeitanträge im Rahmen des § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV nunmehr in aller Regel abgelehnt werden. So hat dies das Mitglied der Geschäftsführung G. im Rahmen der Personalversammlung vom 13.11.2008 der Belegschaft des Orthopädie-Zentrums C-Stadt auch bekannt gegeben.

Die Klägerin kann nicht darlegen, dass sich die Beklagte nicht an die von ihr selbst gesetzte Regel hält. Tatsächlich wurde ein nach dem 10.10.2008 eingegangener Antrag einer Arbeitnehmerin der Klinik I. und ebenso der Antrag einer weiteren Arbeitnehmerin der Fachklinik H. von den jeweiligen Klinikleitungen abgelehnt. Der Abschluss eines einzelnen Altersteilzeitvertrages mit der Kinderpflegerin in der Kinderklinik H. im Rahmen der Ausübung billigen Ermessens ist keine Grundlage dafür, der Klägerin wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz ebenfalls einen Anspruch zu geben.

**cc)**

Keine Bedenken hat die Berufungskammer dagegen, dass die Beklagte den Stichtag für eine Änderung ihrer Bewilligungspraxis von Altersteilzeitanträgen nicht für die Zukunft festgesetzt und den Arbeitnehmern zuvor bekannt gemacht hat, um diesen zu ermöglichen, zuvor noch Altersteilzeitanträge zu stellen.

Zwar hat das BAG für den Fall, dass der Arbeitgeber einen Stichtag in der Zukunft bestimmt, entschieden, dass er dann dafür zu sorgen habe, dass den Arbeitnehmern der Stichtag bekannt wird. Verhindert werden sollte hierdurch, dass es zu einer „zufälligen faktischen Überholung“ wegen der Auswahl derjenigen, die bis zum Stichtag noch einen Antrag auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages stellen, kommt (BAG, Urteil vom 15.04.2008, a.a.O). Dahinter steckt der Gedanke, dass, wenn bis zu einem in der Zukunft liegenden Stichtag noch Anträge gestellt werden können, die Gleichbehandlung bereits an der Chance, noch einen Antrag zu stellen, anknüpfen muss. Dementsprechend führt das BAG aus, dass es bei einem in der Zukunft liegenden Stichtag darum gehe, den berechtigten Arbeitnehmern die Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob sie einen Altersteilzeitantrag stellen wollen. Ist der in der Zukunft liegende Stichtag unbekannt, ist es nämlich eher zufällig, wer bis zu diesem Stichtag noch einen Antrag stellt und in der Folge Altersteilzeit bewilligt bekommt und wer nicht. Zu noch deutlicheren Verzerrungen kommt es

dann, wenn der in der Zukunft liegende Stichtag manchen Arbeitnehmern bekannt ist und anderen nicht.

Aus der Entscheidung des BAG v. 15.04.2008 kann aber nicht abgeleitet werden, wegen des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes müsse der vom Arbeitgeber bestimmte Stichtag zwingend in der Zukunft liegen und den Arbeitnehmern bekannt gemacht werden. Unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung ist es unbedenklich, wenn der Arbeitgeber sich entscheidet, ab sofort keine Altersteilzeitarbeitsverhältnisse mehr einzugehen und dies entsprechend umsetzt (die sechste Kammer des LAG München verlangt vor einer Änderung der Handhabung allerdings, dass dies zuvor „kommuniziert“ wird, Urteil vom 09.11.2010 – 6 Sa 606/10) . Bedenklich wäre dies nur dann, wenn der Arbeitgeber zunächst später gestellten Anträgen auf Altersteilzeit nachkommt und früher gestellte Anträge unter Berufung auf einen Stichtag „ab sofort“ ablehnen würde. Dafür bestehen hier keine Anhaltspunkte.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Revision wird für die Klägerin zugelassen nach § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG. Die sechste Kammer des LAG München verlangt möglicherweise eine Kommunikation gegenüber jedem einzelnen betroffenen Mitarbeiter. Die Beklagte hat nicht dargelegt, dass die Klägerin an der Personalversammlung vom 13.11.2008 teilgenommen hat.

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

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

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

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

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

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

oder

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

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

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

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

Dr. Wanhöfer

Kießling

Balkheimer