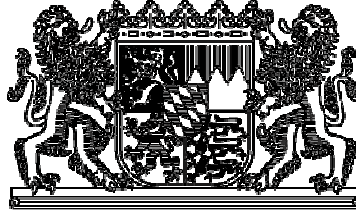


**5 Sa 617/10**  
33 Ca 12528/09  
(ArbG München)

Verkündet am: 27.01.2011

Gapp  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

B.  
B-Straße, B-Stadt

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. C.  
C-Straße, A-Stadt

gegen

D.  
E-Straße 18, A-Stadt

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte A.  
A-Straße, A-Stadt

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15. Dezember 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Wanhöfer und die ehrenamtlichen Richter Hermann und Huber

**für Recht erkannt:**

- 1. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 23.04.2010 – Az. 33 Ca 12528/09 – wird kostenpflichtig zurückgewiesen.**
- 2. Die Revision wird für die Beklagte zugelassen.**

**Tatbestand:**

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger einen Anspruch darauf hat, dass die Beklagte ihm vertraglich das so genannte Versorgungsrecht einräumt. Durch das Versorgungsrecht hätte er Anspruch auf Versorgungsleistungen, Sozialversicherungsfreiheit, Beihilfeberechtigung und besonderen Schutz vor einer Entlassung.

Der Kläger ist seit dem 01.09.1989 bei der Beklagten als Bankangestellter beschäftigt.

Der Arbeitsvertrag vom 02.08.2006, der mit Wirkung zum 01.10.2006 an die Stelle des bisher geltenden Arbeitsvertrages trat, enthält keine Regelung über die betriebliche Altersversorgung. In der Einleitung vor § 1 des Vertrages heißt es:

*„Über den Regelungsbereich dieses Vertrages hinausgehende Zusagen und Vereinbarungen bleiben unberührt.“*

§ 9 des Arbeitsvertrages lautet wie folgt:

*„§ 9 Leistungen ohne Rechtsanspruch*

*Auf Leistungen die nicht in diesem Vertrag festgesetzt sind, besteht auch bei wiederholter Gewährung kein Rechtsanspruch.“*

Die Beklagte ist eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts. Sie ist 1972 aus einer Fusion der Bayerischen Gemeindebank - Girozentrale - und der Bayerischen Landesbodenkreditanstalt hervorgegangen. Im Fusionsvertrag vom 06.06.1972 war zu § 8 Abs. 3 als Anlage eine so genannte „Personalvereinbarung“ (PV 72) angefügt. Darin legten die fusionierenden Anstalten bestimmte Grundsätze für die Behandlung der Mitarbeiter fest.

Ziffer 3 der PV 72 lautet:

*„3.1 Mitarbeiter, die nach Vollendung des 17. Lebensjahres mindestens zehn Jahre bei den zu vereinigenden Instituten, der D. Girozentrale oder beim F. tätig waren, erhalten eine Versorgung nach den Richtlinien der Versorgungskasse der Bayerischen Gemeindebank (Anlage 2). In besonders gelagerten Ausnahmefällen können weitere Dienstzeiten anerkannt werden.*

*3.2 Mitarbeiter, die mindestens 20 Jahre im Kreditgewerbe beschäftigt waren, davon mindestens zehn Jahre bei den zu vereinigenden Instituten oder der D. Girozentrale, können einen Rechtsanspruch auf Versorgung nach Maßgabe des beigefügten Vertragsmusters (Anlage 3) erhalten. Besonders tüchtigen und bewährten Mitarbeitern kann ein solcher Versorgungsanspruch vorzeitig gewährt werden. Die Entscheidung über die Gewährung trifft der Vorstand der D..“*

In der Folgezeit erhielten Mitarbeiter nach Erfüllung der in Ziffer 3.2 PV 72 genannten Wartezeit in aller Regel von der Beklagten den Versorgungsvertrag – das im Unternehmen so genannte Versorgungsrecht – angeboten.

Bei dem Versorgungsrecht handelt es sich nicht nur um eine Altersversorgung durch Einräumung eines Rechtsanspruchs auf Ruhegeld, sondern um die Verschaffung eines beamtenähnlichen Status bereits im laufenden Arbeitsverhältnis durch verlängerte Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall, Beihilfeansprüche und Befreiung von der Sozialversicherungspflicht. Vor allem aber wurde der Kündigungsschutz erweitert. Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist nach dem Versorgungsrecht grundsätzlich nur in Form der (einstweiligen) Versetzung in den Ruhestand vorgesehen; nur bei grob schuldhaftem Verhalten ist der Beklagten ein fristloses Kündigungsrecht eingeräumt.

Die Erteilung des Versorgungsrechts verlief folgendermaßen:

Im der Erteilung des Versorgungsrechts vorausgehenden Kalenderjahr erhielt der Vorstand eine Vorlage mit der Auflistung derjenigen Mitarbeiter, die im Folgejahr wegen Erfüllung der Wartezeit zur Erteilung des Versorgungsrechts anstanden. Nach zustimmendem

Vorstandsbeschluss – der seit Einführung des Versorgungsrechts bis einschließlich 2008 ausnahmslos erfolgte – wurde überprüft, ob der Mitarbeiter neben der Erfüllung der Wartezeit weitere Kriterien erfüllte. Zum einen durfte der Gesundheitszustand kein Risiko einer vorzeitigen Ruhestandsversetzung erwarten lassen. Zum anderen wurde Leistung und Führung des Mitarbeiters überprüft. In jüngster Zeit wurde auch das Kriterium „gesicherter Arbeitsplatz“ abgefragt. Soweit nach Feststellung der Abteilungsleiter die Voraussetzungen erfüllt waren, erhielt der Mitarbeiter eine Versorgungszusage in Form einer Ergänzung seines bestehenden Arbeitsvertrages. Die hierbei verwendeten Vertragsmuster wurden von der Beklagten im Laufe der Jahre abgewandelt, wobei der Kern der Zusagen, nämlich beamtengleiche Versorgung im Versorgungsfall, Alters- und Hinterbliebenenversorgung nach Beamtengrundsätzen, verlängerte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und betriebsbedingte Kündigung nur noch in Form der Ruhestandsversetzung, unverändert blieb. Das zuletzt verwendete Vertragsmuster für AT-Angestellte wurde als Anlage B 16 zum Beklagtenchriftsatz vom 16.04.2010 vorgelegt und ist Grundlage des klägerischen Antrages.

Die Erteilung des Versorgungsrechts wurde gegenüber neu eintretenden Mitarbeitern ab 01.01.2002 ausgeschlossen. Für diese gilt ein neues beitragsorientiertes Versorgungssystem basierend auf den Versorgungsordnungen 2002 und 2005. Ein Angebot der Beklagten, in dieses Versorgungssystem zu wechseln, lehnte der Kläger ab.

Das Modell des Versorgungsrechts wurde bei der Beklagten insbesondere wie folgt kommuniziert:

In einer Broschüre der Beklagten mit dem Titel „Informationen für unsere Mitarbeiter“ heißt es unter dem Kapitel „Unsere Altersversorgung“:

*„Nach einer Betriebszugehörigkeit von mindestens 10 Jahren haben sie eine Anwartschaft auf eine betriebliche Altersversorgung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen. Art und Umfang der Leistungen bei Ruhestand, Hinterbliebenenversorgung oder Invalidation sind unter anderem abhängig von der Dauer ihrer Betriebszugehörigkeit und der Höhe ihres versorgungsfähigen Aktivgehalts. Nähere Auskünfte erhalten sie vom UB Personal, Abteilung 1620 Sozialbetreuung.“*

In einer weiteren Broschüre, die auch als Mitarbeiterhandbuch bezeichnet wird, heißt es in der Fassung aus dem Oktober 1988 auf der Seite 25 unter der Überschrift „Altersversorgung“:

*„Alternative 1 (Versorgungskasse):*

*Eine Anwartschaft auf Versorgungsleistungen für sich und seine Hinterbliebenen nach den Richtlinien der Versorgungskasse hat jeder ... Arbeitnehmer der D. - Girozentrale - und ihrer Rechtsvorgänger, wenn er nach Vollendung des 17. Lebensjahres mindestens 10 Jahre bei der D. tätig gewesen ist ...*

*Alternative 2 (Versorgung durch die Bank):*

*Mitarbeiter, die unter den in der Alternative 1 genannten Personenkreis fallen und die auf eine Dienstzeit von 20 Jahren im Kreditgewerbe, davon mindestens 10 Jahre bei der D. oder einer ihrer Rechtsvorgängerinnen zurückblicken können, erhalten - bei entsprechend guter Beurteilung durch ihre Vorgesetzten - einen Versorgungsvertrag. Voraussetzung für die Verleihung des Versorgungsrechts ist ferner, dass die gesundheitliche Verfassung eine vorzeitige Pensionierung nicht erwarten lässt. Der Versorgungsvertrag räumt Mitarbeitern und ihren Hinterbliebenen im Versorgungsfall einen Rechtsanspruch auf Ruhegehalt bzw. Witwen-, Witwer- und Waisengeld ein. Für diese Versorgungsleistungen gelten die gleichen Grundsätze, wie sie bereits bei der Alternative 1 beschrieben wurden.*

*Der Versorgungsvertrag bringt im Übrigen noch folgende weitere Vorteile:*

- *Mit der Verleihung der Versorgungsrechte ist grundsätzlich eine Befreiung von der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung ... verbunden.*
- *Im Krankheitsfall wird das Gehalt bis zu sechs Monaten weiter gewährt ...*
- *Sie haben die Möglichkeit ... zwischen der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung zu wählen. Dabei kommt ihnen bei der Wahl des Versicherungstarifs die volle Beihilfeberechtigung im Krankheitsfall ... zugute.*
- *Sie haben außerdem einen erweiterten Kündigungsschutz. Eine Kündigung seitens der Bank hat grundsätzlich die Versetzung in den (einstweiligen) Ruhestand zur Folge. Nur bei grob schuldhaftem Verhalten kann die Bank den Vertrag frist- und entschädigungslos kündigen.“*

Das auf der inneren Umschlagseite abgedruckte Impressum dieser Broschüre lautet wie folgt:

*„Verfasser: D. - Girozentrale -*

*Diese Broschüre dient lediglich Informationszwecken. Der Inhalt bildet keine Anspruchsgrundlage für Leistungen; dafür sind ausschließlich die jeweils in der Broschüre zitierten Vereinbarungen, Beschlüsse und Richtlinien maßgebend ...“*

Im Intranet der Beklagten war ein Vortrag des Herrn G. vom 28.04.1997 hinterlegt mit der Überschrift „Information an alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Anwartschaft auf eine betriebliche Altersversorgung - Neuregelungen des Beamtenversorgungsgesetzes ab 01.07.1997“.

Unter Ziffer I. 1. Versorgungskasse, Versorgungsrecht stand zu lesen:

*„Versorgungsleistungen aus Anwartschaften auf die betriebliche Altersversorgung über die Versorgungskasse (mindestens 10-jährige Betriebszugehörigkeit) oder die Bank (Zusage des Versorgungsrechts nach in der Regel 20 Jahre Betriebszugehörigkeit) werden auf der Grundlage beamtenrechtlicher Vorschriften bzw. Grundsätze gewährt. Bei beiden Versorgungssystemen handelt es sich demnach um eine beamtenrechtliche Gesamtversorgung, auf die Leistungen aus der gesetzlichen Rentenversicherung angerechnet werden.“*

Im nachfolgenden Text werden die Auswirkungen auf beide Versorgungsvarianten geschildert.

In einer ebenfalls im Intranet hinterlegten Präsentation mit der Überschrift „Betriebliche Altersversorgung in der BLB-Versorgungskasse und Versorgungsrecht Stand September 2000“ heißt es auf der Folie 9 unter der Überschrift „Versorgungsrecht Zusagevoraussetzungen“:

- „- *Wartezeit*  
*20 Jahre Dienstzeit bei Kreditinstituten (im Sinne von § 1 KWG), davon mindestens 10 Jahre bei der D.*
- *Beurteilung*  
*Gute Beurteilung hinsichtlich Führung und Leistung*
- *Gesundheitszustand*  
*Kein medizinisch erkennbares Risiko der vorzeitigen Ruhestandsversetzung (ggf. vertrauensärztliche Untersuchung) wegen Wegfall der Voraussetzungen für eine vorzeitige Erwerbsunfähigkeitsrente“*

Auf der Folie 10 heißt es unter der Überschrift „Versorgungsrecht Zusage-Ablauf“:

- „- *1611/Personalservice bzw. 90/18 ZB Personal der LBS*
- *Prüfung der Zusage - Voraussetzungen*
- *Erstellung Vorstandsbeschluss für Neuzusagen*
- *Änderung Arbeitsverträge und Personalstammdaten im SAP“*

In einer ebenfalls im Intranet hinterlegten Präsentation mit gleicher Überschrift jedoch Stand Oktober 2008 heißt es unter „Versorgungsrecht Voraussetzungen für die Zusage“:

- „- *Wartezeit*  
*20 Jahre Dienstzeit bei Kreditinstituten (i. S. v. § 1 KWG), davon mindestens 10 Jahre bei der D.*
- *Beurteilung*  
*Gute Beurteilung hinsichtlich Führung/Verhalten und Leistung*
- *Gesundheitszustand*  
*Kein medizinisch erkennbares Risiko der vorzeitigen Ruhestandsversetzung (ggf. vertrauensärztliche Untersuchung) wegen Wegfall der Voraussetzungen für eine vorzeitige Erwerbsminderungsrente*
- *Gesicherter Arbeitsplatz im Hause“*

Unter dem 28.10.1994 erstellte die Beklagte folgendes Dokument:

*„Personal-Information*

*Anrechnung von Teilzeit-Beschäftigungszeiten auf die Wartezeit für die Verleihung des Versorgungsrechts*

*Der UB Personal freut sich, Sie über die Entscheidung des Vorstands informieren zu können, wonach mit Wirkung vom 01.01.1995 der Grundsatz gilt:*

*„Gleiche Wartezeit für Teil- und Vollzeitbeschäftigte“.*

*Die Bank leistet damit einen weiteren Beitrag zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf.*

*Sowohl für Teilzeit- als auch für Vollzeitbeschäftigte gelten folgende Voraussetzungen für die Verleihung des Versorgungsrechtes:*

- 1. 20 Jahre Dienstzeit im Bank- oder Sparkassenbereich, wovon mindestens 10 Jahre auf unsere Bank entfallen müssen.*
- 2. Mindestens gute durchschnittliche Leistungen und eine einwandfreie Führung während der gesamten Wartezeit.*
- 3. Ihre gesundheitliche Verfassung muss so gut sein, dass aus heutiger Sicht mit einer Frühpensionierung aus gesundheitlichen Gründen nicht zu rechnen ist.*

*Der UB Personal wird gemäß Beschluss des Vorstandes mit Wirkung vom 01.01.1995 allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, bei denen vorstehend genannte Kriterien erfüllt sind, die Zusage von Versorgungsrechten erteilen.*

*Um die Umsetzung des Vorstandsbeschlusses verwaltungstechnisch einwandfrei zu gewährleisten, bitten wir alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die heute vollzeitbeschäftigt (100 %) sind, aber in der Vergangenheit in der Bank oder einem früheren, (anrechenbaren) Arbeitgeber ggf. teilzeitbeschäftigt waren, uns schriftlich eine Be-*

*rechnung der anrechenbaren Vordienstzeiten einzureichen, damit der Termin für die zeitliche Voraussetzung der Versorgungszusage richtig vorgemerkt werden kann. Für Rückfragen steht ihnen gerne Frau H., Tel.: 1559, zur Verfügung.*

*Unternehmensbereich Personal*

*Dr. I.*

*J.“*

Die Mitarbeiter haben Einblick in ihr Personalstammblatt / „Datenspiegel“. Früher wurde der Datenspiegel einmal jährlich zugesandt. Der Datenspiegel enthielt eine Kategorie „*Beginn Wartezeit Versorgungsrecht*“.

In einer internen Stellungnahme des Personalmanagements Inland vom 19.8.2002 wurde unter der Überschrift „*Versorgungsrechte*“ Stellung genommen wie folgt:

#### *„1. Grundlagen*

##### *1.1 Reguläres Versorgungsrecht*

*Grundlage für die derzeit bestehende Regelung des Versorgungsrechts ist der Fusionsvertrag vom 06.06.1972. In der Personalvereinbarung, die als Anlage zu § 8 Abs. 3 dieses Fusionsvertrages aufgenommen wurde, sind unter Ziffer 3 die Grundsätze und Voraussetzungen des Versorgungsrechts festgelegt.*

*Als zeitliche Voraussetzung ist eine 20-jährige Dienstzeit im Bank- und Sparkassenbereich, wovon mindestens 10 Jahre auf die Bank entfallen müssen, zu erfüllen. Daneben müssen Leistungen und Verhalten sowie die gesundheitliche Eignung die Gewährung eines regulären Versorgungsrechts rechtfertigen. Liegen diese Voraussetzungen vor, besteht ein Rechtsanspruch des Mitarbeiters auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Es wird allerdings seit Jahrzehnten so verfahren, dass die Mitarbeiter bei uneingeschränktem Vorliegen aller Voraussetzungen das Versorgungsrecht erhalten haben. Dieses Vorgehen stellt eine betriebliche Übung dar, so dass sich zumindest daraus ein Anspruch auf Verleihung des regulären Versorgungsrechts ergibt.*

*...*

#### *2. Stellungnahme*

##### *2.1 Grundsatz*

*Auf die Gewährung des regulären Versorgungsrechtes besteht bei Vorliegen der oben genannten Voraussetzungen ein Rechtsanspruch ...“*



Mit Vorstandsvorlage vom 24.09.2008 wurde dem Vorstand der Beklagten unter dem Beschlusstitel „Zusage von regulären Versorgungsrechten in 2009“ in Ziffer 1.2 folgender Beschlussantrag vorgelegt:

*„Der Vorstand nimmt zur Kenntnis, dass im Jahr 2009, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen, 180 Mitarbeiter (siehe Anlage 1) das **reguläre** Versorgungsrecht erteilt bekommen. Allerdings sollen diese Mitarbeiter vor Zusage des Versorgungsrechts zunächst ein Angebot für eine Ablöse der Anwartschaft erhalten.“*

Auf der als Anlage 1 beigefügten Liste stand auch der Kläger.

Zur Begründung des Beschlussantrages ist folgendes ausgeführt:

„...“

### **Reguläre Versorgungsrechte**

*Entsprechend der aktuellen personalpolitischen Weichenstellungen strebt die Bank künftig eine deutliche Reduzierung neu zu verleihender regulärer Versorgungsrechte an. Dies ist rechtlich aber nicht einseitig möglich. Deshalb sollen den betroffenen Mitarbeitern mit einer Anwartschaft spezielle Ablösepakete angeboten werden, um sie für einen einvernehmlichen Verzicht auf das Versorgungsrecht zu gewinnen. Eine entsprechende Beschlussvorlage zu dieser Thematik geht dem Vorstand Anfang Oktober gesondert zu.*

### **3. Sachdarstellung:**

#### **3.1 Reguläre Versorgungsrechte in 2009**

*Die Vergabe von Versorgungsrechten auf Grundlage der Personalvereinbarung zum Fusionsvertrag von 1972 stellt eine **langjährige betriebliche Übung** dar. Die Zusage von **regulären** Versorgungsrechten ist in Ziffer 3 der Personalvereinbarung zum Fusionsvertrag vom 06. Juni 1972 sowie in Ziffer 5 der vom Verwaltungsrat gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 8 der Satzung erlassenen und zuletzt in der Sitzung vom 07.09.2001 modifizierten Personalgrundsätze geregelt.*

Im Jahr 2009 erfüllen die in der Anlage 1 aufgeführten 180 Mitarbeiter (im Jahr 2008 waren es 101 Mitarbeiter) **die zeitlichen Voraussetzungen** für die Vergabe des regulären Versorgungsrechts.

Eine **generelle Nichtzusage** der Versorgungsrechte wäre arbeitsrechtlich mit einem erheblichen Prozessrisiko behaftet, da nach Auffassung von 0100/1600 bzw. 0100/1000 sich bei Vorliegen der Voraussetzungen die Anwartschaft auf Zusage des Versorgungsrechtes zum Anspruch auf Einräumung des Versorgungsrechtes verdichtet. Mit dieser sowie weiterführenden Fragestellungen hat sich der Vorstand im Rahmen der Beschlussvorlage „Versorgungsrechte – rechtliche Möglichkeiten“ ausführlich in seiner Sitzung am 25.04.2006 befasst.

Die **übrigen Voraussetzungen** (Leistung, gesundheitliche Verfassung, Führung und Verhalten sowie Sicherstellung der weiteren dienstlichen Verwendung) werden in jedem Einzelfall unmittelbar vor der Zusage noch einmal geprüft. Insoweit kommt es auch immer wieder in einzelnen Fällen zu einer Versagung oder Zurückstellung des Versorgungsrechtes.“

Der Vorstand der Beklagten fasste den Beschluss zur Zusage von regulären Versorgungsrechten in 2009 gemäß Antrag, wobei er zu Ziffer 1.2 ergänzend festhielt:

*„Voraussetzung für eine Ablöse von Anwartschaften für Versorgungsrechte ist, dass diese Ablöse vorher im Vorstand behandelt und darüber Beschluss gefasst worden ist.“*

Am 22.01.2009 beschloss der Vorstand der Beklagten, keine individuellen Versorgungsrechte mehr zu erteilen. Zum 01.02.2009 wurden der Mitarbeiterin K. und Herrn L. Versorgungsrechte erteilt. Am 21.07.2009 beschloss der Verwaltungsrat die Vergabe von Versorgungsrechten endgültig einzustellen. Diese Entscheidung hat die Beklagte durch Mitteilung im Intranet vom 22.07.2009 veröffentlicht.

Am 01.09.2009 erfüllte der Kläger die Wartezeit. Auch die Voraussetzungen „gute Leistung und Führung“ und gesundheitliche Eignung waren gegeben.

Mit Schreiben vom 18.03.2009 teilte die Beklagte dem Kläger – wie auch allen anderen im Jahre 2009 betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern – mit, dass die Gewährung der

Erteilung von Versorgungszusagen bis auf Weiteres ausgesetzt werde. Darin heißt es auszugsweise wörtlich wie folgt:

*„...eine der Voraussetzungen für die Gewährung des Versorgungsrechts ist die Vollendung einer 20jährigen Wartefrist. Im Laufe des Jahres 2009 erfüllen Sie diese Wartezeit. Eine wesentliche Voraussetzung für die Gewährung der beamtenähnlichen Versorgungszusage ist aber auch die gesicherte weitere Verwendung im Fachbereich bzw. in der D. auf absehbare Zeit.*

*Vor diesem Hintergrund sieht sich der Vorstand gezwungen, bis auf Weiteres keine Versorgungszusagen zu erteilen. Uns ist bewusst, dass diese Entscheidung für Sie unerwartet und hart erscheinen mag. In der gegenwärtigen Situation gibt es hierzu jedoch leider keine Alternative.“*

Der Kläger hat geltend gemacht, er erfülle alle Voraussetzungen für die Erteilung der Versorgungszusage und habe einen Anspruch darauf. Die Beklagte habe ab den Jahren 1972 bis Anfang 2009 ohne Einschränkung nahezu jedem Mitarbeiter bei Vorliegen der zeitlichen Voraussetzungen das Versorgungsrecht erteilt. Nach seiner Kenntnis habe sie nur wenigen Mitarbeitern das Versorgungsrecht verwehrt und zwar aus gravierenden gesundheitlichen oder anderen Gründen, z. B. Vermögensverfall. Die Beklagte sei aus dem Fusionsvertrag, bzw. aus der Anlage zu § 8 Abs. 3, der PV 72, zur Gewährung des Versorgungsrechts verpflichtet. Es liege auch eine Gesamtzusage vor. Die Beklagte habe sich durch die Informationsbroschüre, das Mitarbeiterhandbuch, die Personalinformation vom 28.10.1994 sowie durch Vorträge und Präsentationen im Intranet im Wege einer Gesamtzusage zur Gewährung des Versorgungsrechts verpflichtet. Ein Anspruch ergebe sich auch nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung. Die Beklagte habe seit 1972 allen Mitarbeitern bei Vorliegen der Voraussetzungen die Zusage für das Versorgungsrecht erteilt. Hierbei sei kein Vorbehalt erklärt worden. Ende 2008 sei das Versorgungsrecht von ca. 5.200 Mitarbeitern ca. 2.500 Mitarbeitern erteilt gewesen. Lediglich 26 Mitarbeiter hätten das Versorgungsrecht nach Erfüllung der Wartezeit wegen fehlender gesundheitlicher Eignung nicht erhalten. Ein Mitarbeiter sei wegen seiner ungesicherten finanziellen Verhältnisse ausgeschlossen worden. Der Fusionsvertrag und die PV 72 stünden der Entstehung einer betrieblichen Übung nicht entgegen. Der Fusionsvertrag gestatte ja gerade die Gewährung des Versorgungsrechts. Da die Zusage von der Beklagten

über Jahrzehnte erteilt worden sei, käme es nicht darauf an, ob dem Kläger bekannt gewesen sei, dass der Zusage jeweils eine Vorstandsentscheidung vorausgehe. Eine gesicherte weitere Verwendung als zusätzliches Kriterium könne die Beklagte nicht einseitig nachträglich einführen. Eine betriebliche Übung scheitere auch nicht am Schriftformerfordernis. Schließlich ergebe sich ein Anspruch auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Ein sachlicher Differenzierungsgrund, der es rechtfertige, ihm das Versorgungsrecht nicht zu erteilen, liege nicht vor.

Sein Antrag entspreche dem Inhalt des Versorgungsrechts, wie ihn die Beklagte zuletzt am 01.02.2009 vereinbart habe (zum erstinstanzlichen Vortrag des Klägers im Einzelnen wird auf seine Schriftsätze vom 12.08.2009, 12.10.2009 und vom 14.04.2010, nebst Anlagen, Bezug genommen).

**Der Kläger hat beantragt:**

***Die beklagte Partei wird verurteilt, dem Kläger in Ergänzung zum bestehenden Vertrag vom 02.08.2006 mit Wirkung vom 01.09.2009 ein Angebot zum Abschluss eines Vertrages zu unterbreiten, welcher der Anlage B16 entspricht.***

**Die Beklagte hat beantragt**

***die Klage abzuweisen.***

und die Auffassung vertreten, die Klage sei bereits unzulässig, da sie auf die unmögliche rückwirkende Befreiung von der Sozialversicherungspflicht gerichtet sei und überdies unbegründet. Die PV 72 enthalte lediglich eine Kann-Bestimmung und sei auch kein Vertrag zugunsten Dritter. Hiernach entscheide der Vorstand über die Gewährung des Versorgungsrechts, wobei die Kriterien für dessen Ermessensentscheidung nie konkretisiert oder kommuniziert worden seien. Der Kläger könne sich auch nicht auf eine Gesamtzusage berufen. Über die Gewährung des Versorgungsrechts sei jedes Jahr in einem dreistufigen Verfahren entschieden worden. Ein Automatismus habe nicht bestanden. Die Kriterien für die Zusage seien mehrfach verändert worden. Seit 2003/2004 sei das Kriterium

„Gesicherter Arbeitsplatz“ in jedem Einzelfall geprüft worden. Auch habe eine Gesamtabwägung unter Betrachtung der in der Vergangenheit erteilten und in der Zukunft zu erwartenden Versorgungsrechte stattgefunden. Aus den vom Kläger angeführten Dokumenten, könne nicht auf eine Gesamtzusage geschlossen werden. Dies gelte auch für die Personalinformation vom 28.10.1994, die lediglich über eine Entscheidung des Vorstands zur Gleichstellung von Teilzeit- mit Vollzeitmitarbeitern informiere. Einem Anspruch aus betrieblicher Übung stehe bereits die eingeschränkte Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur im öffentlichen Dienst entgegen. Die Beklagte sei an die PV 72 und an die vom Verwaltungsrat erlassenen Grundsätze über die Besoldung und Versorgung der Mitarbeiter gebunden. Eine schleichende Umwandlung des Versorgungsrechts in einen Rechtsanspruch würde eine Ausweitung der Gewährträgerhaftung bedeuten. Es seien auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Beklagte mehr habe gewähren wollen, als im Fusionsvertrag vorgesehen sei. Es werde mit Nichtwissen bestritten, dass lediglich 27 Mitarbeiter das Versorgungsrecht nach Erfüllung der Wartezeit nicht erhalten hätten. Es handele sich hier um erheblich mehr Mitarbeiter. Die genaue Zahl sei jedoch nicht auf Knopfdruck abrufbar. Es sei ihr nicht zumutbar, tausende von Personalakten durchsehen. Das für die betriebliche Übung erforderliche schützenswerte Vertrauen der Mitarbeiter könne nicht entstanden sein, da die PV 72 ausdrücklich eine Kann-Bestimmung enthalte, es bei Ausscheiden vor Erfüllung der Wartezeit keine ratierlichen Anwartschaften auf das Versorgungsrecht gegeben habe, die Verlautbarungen der Beklagten zum Versorgungsrecht unterschiedliche Voraussetzungen mitgeteilt hätten und weil im Arbeitsvertrag des Klägers vereinbart worden sei, dass auch eine wiederholte Gewährung von Leistungen keinen Rechtsanspruch begründe. Diese Regelung habe erkennbar den Zweck, das Entstehen betrieblicher Übungen auszuschließen. Darüber hinaus sei den Mitarbeitern das System der jährlichen Vorstandsentscheidungen bekannt gewesen. Auch auf den Gleichbehandlungsgrundsatz könne sich der Kläger nicht berufen. Die Schließung eines Versorgungswerks zu einem bestimmten Stichtag, wie sie hier erfolgt sei, sei möglich und infolge der finanziellen Situation gerechtfertigt gewesen. Keinesfalls habe der Kläger einen Anspruch auf Abschluss eines wörtlich vorgegebenen Vertrages. Sein Vortrag, bei den beantragten Vertragsbedingungen handele es sich um die am 01.02.2009 verwendeten, sei nicht einlassungsfähig und unsubstantiiert (zum erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten im Einzelnen wird auf ihre Schriftsätze vom 30.09.2009, 12.04.2010 und 16.04.2010, nebst Anlagen, Bezug genommen).

Das Arbeitsgericht München hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Kläger habe aufgrund einer Gesamtzusage in Form der Personalinformation vom 28.10.1994 einen Anspruch durch Gesamtzusage erworben. Eine Auslegung dieser Mitteilung ergebe, dass die Beklagte allen Beschäftigten eine Zusage auf einen Versorgungsvertrag gemacht habe, sofern sie die drei dort genannten Voraussetzungen erfüllt seien. Die Entstehung des Anspruchs werde nicht dadurch gehindert, dass der Vorstand in jedem Einzelfall über die Gewährung des Versorgungsrechts entschieden habe, da in der Gesamtzusage ein Vorbehalt hinsichtlich einer Einzelfallprüfung nicht enthalten sei. Auch ein Ermessen der Beklagten ergebe sich aus der Gesamtzusage nicht. Die Beklagte könne sich auch nicht auf das Erfordernis des gesicherten Arbeitsplatzes berufen, da sie die einmal gemachte Zusage nicht mehr einseitig ändern könne. Auch das bei der Beklagten vor Erteilung der Versorgungsverträge vorgesehene Prozedere ändere nicht den Inhalt der Gesamtzusage. Der Kläger erfülle die nach der Gesamtzusage vorgegebenen drei Voraussetzungen. Der Widerruf der Beklagten vom 22.07.2009 habe den Anspruch nicht beseitigt, da in der Gesamtzusage kein Widerrufsrecht enthalten gewesen sei (zur ausführlichen Begründung des Arbeitsgerichts im Einzelnen, insbesondere zur Auslegung der Personalinformation vom 28.10.1994, wird auf das Urteil vom 23.04.2010 Bezug genommen).

Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung gegen die Einordnung der Personalinformation vom 28.10.1994 als Gesamtzusage. Dieses Dokument stelle lediglich eine Information des Personals über den Vorstandsbeschluss zur Gleichstellung von Zeiten der Vollzeit- und der Teilzeittätigkeit dar. Ein schützenswertes Vertrauen der Arbeitnehmer könne nicht entstanden sein, da das System der jährlichen Vorstandsentscheidungen bekannt gewesen sei. Auch die Einschränkung der Grundsätze zur betrieblichen Übung für den Bereich des öffentlichen Dienstes stünden hier dem Entstehen eines Anspruchs entgegen. Zudem seien an das Entstehen einer betrieblichen Übung umso höhere Anforderungen zu stellen, je höher die damit verbundene wirtschaftliche Belastung werde. Sie sei auch nicht gehindert, sich als Voraussetzung für die Erteilung des Versorgungsrechts auf eine gesicherte Verwendung zu berufen. Die Voraussetzung einer gesicherten künftigen Verwendung sei einer beamtenrechtsähnlichen Versorgung immanent. Es handele sich deshalb nicht um ein neues Kriterium. Ein Anspruch scheidet schließlich auch deshalb aus, weil der Kläger

hierdurch besser gestellt würde, als ein Beamtenanwärter. Auch dieser habe bei fehlendem Dienstposten keinen Anspruch auf eine Verbeamtung.

Ohnehin habe der Kläger keinen Anspruch auf ein Versorgungsrecht mit genau dem von ihm beantragten Inhalt (zur Berufungsbegründung der Beklagten im Einzelnen wird auf die Schriftsätze vom 09.09.2010 und 09.12.2010, nebst Anlagen, Bezug genommen).

**Die Beklagte beantragt:**

- 1. Das Urteil des Arbeitsgericht München vom 23.04.2010 - 33 Ca 12528/09 - wird abgeändert.**
- 2. Die Klage wird abgewiesen.**

**Der Kläger beantragt,**

***die Berufung der Beklagten zurückzuweisen***

und verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Dieses gehe zutreffend von einer Gesamtzusage durch die Personalinformation vom 28.10.1994 aus. Er habe auch einen Anspruch aus betrieblicher Übung. Die von der Rechtsprechung entwickelte Einschränkung zur Entstehung einer betrieblichen Übung im öffentlichen Dienst sei vorliegend nicht einschlägig. Die Beklagte unterliege keinen näheren staatlichen Weisungen bezüglich der bei ihr bestehenden Arbeitsverhältnisse. Er habe einen Anspruch, dass ihm das Versorgungsrecht so erteilt werde, wie die Beklagte dieses im Zusagezeitpunkt regelmäßig erteilt habe (zur Berufungserwiderung des Klägers im Einzelnen wird auf die Schriftsätze vom 16.11.2010, 23.11.2010 und 25.01.2011, nebst Anlagen, Bezug genommen).

Bezug genommen wird auch auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung über die Berufung vom 15.12.2010.

## **Entscheidungsgründe:**

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

### **A.**

Die gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und daher zulässig (§§ 66 Abs. 1 S. 1, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

### **B.**

Die Berufung ist aber unbegründet, denn das Arbeitsgericht hat die Beklagte zu Recht zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt. Der Kläger hat jedenfalls aus betrieblicher Übung einen Anspruch darauf, dass die Beklagte mit ihm das sogenannte Versorgungsrecht vereinbart.

#### **I.**

Die Klage ist zulässig.

Insbesondere ist der Klageantrag hinreichend bestimmt. Er richtet sich auf Abgabe einer durch den Klageantrag im Wortlaut vorgegebenen Willenserklärung. Obsiegt der Kläger, gilt die im Tenor enthaltene Willenserklärung mit Rechtskraft als abgegeben, § 894 S. 1 ZPO (vgl. BAG vom 15.09.2009 – 9 AZR 608/08, NZA 2010, S. 32).

Der Zulässigkeit der Klage steht nicht entgegen, dass sie die Abgabe eines Vertragsangebots zum Gegenstand hat, durch das ein Vertrag mit Wirkung für die Vergangenheit begründet werden soll. Ob eine solche Rückwirkung rechtlich möglich ist, ist eine Frage der Begründetheit der Klage.



**II.**

Die Klage ist auch begründet.

**1.**

Zutreffend hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass der auf Abgabe eines Angebots zum Vertragsabschluss gerichtete Antrag nicht schon deshalb unbegründet ist, weil der Kläger eine Vertragsänderung mit Rückwirkung verlangt.

Seit in Kraft treten des § 311 a BGB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechtes vom 26.11.2001 kommt auch die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung in Betracht, mit der ein Vertragsangebot angenommen werden soll, das rückwirkend auf eine Vertragsänderung zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt gerichtet ist (zur Abgrenzung einer Vertragsänderung mit Rückwirkung und einem rückwirkenden Vertragsschluss vgl. BAG vom 15.09.2009 – 9 AZR 608/08, NZA 2010, 32). Zwar ist gemäß § 275 Abs. 1 BGB der Anspruch auf unmögliche Leistungen ausgeschlossen. § 311 a BGB stellt jedoch klar, dass ein Vertrag selbst dann nicht nichtig ist, wenn er hinsichtlich der Vergangenheit nicht durchgeführt werden kann. Dementsprechend ist auch ein rückwirkender Vertragsschluss nicht deshalb nichtig, weil er auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist (BAG vom 09.05.2006 – 9 AZR 278/05, NZA 2006, S. 1413).

**2.**

Bedenken hat die Kammer allerdings dagegen, den Anspruch auf Vereinbarung des Versorgungsrechts aus dem Vorliegen einer Gesamtzusage abzuleiten.

**a)**

Eine Gesamtzusage ist die an alle Arbeitnehmer des Betriebs oder einen nach abstrakten Merkmalen bestimmten Teil von ihnen in allgemeiner Form gerichtete ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers, bestimmte Leistungen erbringen zu wollen. Erforderlich ist, dass der Arbeitgeber einseitig bekannt gibt, dass er jedem Arbeitnehmer, der die abstrakt festgestellten Voraussetzungen erfüllt, eine bestimmte Leistung gewährt. Ob eine Gesamtzusage vorliegt und welchen Inhalt sie hat, richtet sich nach den gemäß §§ 133, 157 BGB für Willenserklärungen geltenden Regeln. Dabei ist die Gesamtzusage als „typisierte

Willenserklärung“ nach objektiven vom Einzelfall unabhängigen Kriterien auszulegen. Maßgeblich ist der objektive Erklärungssinn aus der Sicht des Empfängers. Eine ausdrückliche Annahme des in der Erklärung enthaltenen Antrags iSv. § 145 BGB wird dabei nicht erwartet. Ihrer bedarf es nicht. Das in der Zusage liegende Angebot wird gemäß § 151 BGB angenommen und ergänzender Inhalt des Arbeitsvertrages. Gesamtzusagen werden bereits dann wirksam, wenn sie gegenüber den Arbeitnehmern in einer Form verlautbart werden, die den einzelnen Arbeitnehmer typischerweise in die Lage versetzt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Auf dessen konkrete Kenntnis kommt es nicht an. Die Arbeitnehmer erwerben einen einzelvertraglichen Anspruch auf die zugesagten Leistungen, wenn sie die betreffenden Anspruchsvoraussetzungen erfüllen. Eine Gesamtzusage ist typischerweise nicht auf die im Zeitpunkt ihrer erstmaligen Erklärung beschäftigten Arbeitnehmer beschränkt. Sie wird regelmäßig auch gegenüber nachträglich in den Betrieb eintretenden Mitarbeitern abgegeben und diesen bekannt. Auch sie können deshalb das in ihr liegende Vertragsangebot gemäß § 151 BGB annehmen (vgl. aus der neueren Rechtsprechung des BAG, Urteil vom 23.09.2009 – 5 AZR 628/08, AP Nr. 36 zu § 157 BGB; Urteil vom 20.04.2010 – 3 AZR 509/08, DB 2010, S. 2000).

**b)**

In Abgrenzung zur betrieblichen Übung ist Voraussetzung einer Gesamtzusage also, dass eine ausdrückliche Erklärung an die Belegschaft oder eine Teil von ihr erfolgt ist (BAG vom 16.02.2010 – 3 AZR 181/08, NZA 2011, S. 42; - vgl. auch BAG vom 28.06.2006 – 10 AZR 385/05, NZA 2006, S. 1174). Eine solche ausdrückliche Erklärung ist nicht erfolgt.

**aa)**

Auch mit der Veröffentlichung der Personalinformation vom 28.10.1994 hat die Beklagte nach Auffassung der Berufungskammer keine Gesamtzusage abgegeben.

Die Personalinformation vom 28.10.1994 enthält keine ausdrückliche Erklärung der Beklagten, allen Mitarbeitern, unabhängig davon, ob sie vollzeit- oder teilzeitbeschäftigt sind, ab dem 01.01.1995 bei Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen das Versorgungsrecht zu erteilen. Die Personalinformation informiert die Mitarbeiter über den Beschluss des Vorstands, bei den Voraussetzungen für die Erteilung des Versorgungsrechts Zeiten der Teilzeittätigkeit mit Zeiten der Vollzeittätigkeit gleichzustellen und allen Mitarbeiterin-

nen und Mitarbeitern, bei denen diese Voraussetzungen erfüllt sind, mit Wirkung vom 01.01.1995 die Zusage des Versorgungsrechts zu erteilen. Zur Umsetzung dieser Entscheidung werden die betroffenen Mitarbeiter aufgefordert, entsprechende Vordienstzeiten mitzuteilen.

In der Überschrift wird darauf hingewiesen, dass Gegenstand der „Personalinformation“ die Anrechnung von Teilzeit-Beschäftigungszeiten auf die Wartezeit ist. Sodann wird mitgeteilt, dass aufgrund einer Entscheidung des Vorstands nun gleiche Wartezeiten für Teil- und Vollzeitbeschäftigte gelten. Im Folgenden werden die nun einheitlich für teil- und vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer geltenden Voraussetzungen wiedergegeben. Die Darstellung der nun einheitlich für Teil- und Vollzeitbeschäftigte geltenden Voraussetzungen enthält keine eigenständige Erklärung, dass alle Mitarbeiter, die diese Voraussetzungen erfüllen, eine Zusage erhalten. Dass das Versorgungsrecht nur unter diesen Voraussetzungen gewährt wird, ist auch hinsichtlich der Vollzeitkräfte lediglich die Wiederholung einer Information, die bereits an anderer Stelle, z. B. in der als Mitarbeiterhandbuch bezeichneten Broschüre, veröffentlicht worden ist.

Eine Willenserklärung des Inhalts, dass das Versorgungsrecht bei Vorliegen der drei genannten Voraussetzungen fortan immer gewährt wird, ist auch nicht im nachfolgenden Absatz enthalten. Dort erklärt die Beklagte, dass sie gemäß dem Vorstandsbeschluss allen Mitarbeitern, bei denen die Voraussetzungen erfüllt sind, mit Wirkung zum 01.01.1995 die Zusage erteilen wird. Sie bezieht sich mit der Bezugnahme auf den 01.01.1995 damit auf Mitarbeiter, bei denen die Voraussetzungen gegenwärtig erfüllt sind und nicht auf solche, bei denen die Voraussetzungen erst in der Zukunft erfüllt sein werden.

Die Formulierung „mit Wirkung vom 01.01.1995“ kann auch nicht ausgelegt werden als „ab dem 01.01.1995“. Zwar ist bei der Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht am Wortlaut der Erklärung zu haften, sondern darauf abzustellen, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste. Erkennbarer Anlass und der Zweck ist nach Betreff und einleitendem Text aber lediglich, über den Vorstandsbeschluss bezüglich der Gleichstellung von Zeiten der Teilzeit- und Vollzeittätigkeit zu informieren. Darüber hinaus teilt die Personalinformation mit, wie der Beschluss umgesetzt werden soll. Die Mitarbeiter wer-

den aufgefordert, Zeiten der Teilzeittätigkeit, die infolge des Beschlusses nun anders bewertet werden, mitzuteilen. Nachdem sich die Personalinformation sowohl im Text am Anfang als auch – unter Bezugnahme auf den vorgestellten Vorstandsbeschluss – in ihrem letzten Absatz mit der Thematik der Gleichstellung von Zeiten der Teilzeit- und Vollzeittätigkeit auseinandersetzt, kann der Personalinformation nach Treu und Glauben nicht entnommen werden, dass der vorletzte Absatz, obwohl er sich auch auf den Vorstandsbeschluss bezieht, entgegen seinem Wortlaut nicht nur den Mitarbeitern, die nun infolge der Gleichstellung bei der Wartezeit die Voraussetzungen erfüllen, die Erteilung des Versorgungsrechts zum 01.01.1995 zusagt, sondern auch allen anderen Mitarbeitern, die von der besonderen Thematik dieses Vorstandsbeschlusses überhaupt nicht betroffen sind, entgegen dem Wortlaut der Erklärung die künftige Erteilung des Versorgungsrechts jeweils bei Erfüllung der Voraussetzungen zusagen will.

Hinzu kommt, dass die Nennung eines Stichtages im vorletzten Absatz nur erforderlich und sinnvoll ist, wenn sich die Zusage auf die Mitarbeiter bezieht, die nun aufgrund des neuen Vorstandsbeschlusses über die veränderte Bewertung der Wartezeit plötzlich die Voraussetzungen erfüllen. Nur für diese Mitarbeitergruppe bestand aufgrund des in der Personalinformation mitgeteilten Vorstandsbeschlusses ein Regelungsbedürfnis hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem das Versorgungsrecht erteilt wird.

Die Personalinformation vom 28.10.1994 ist schließlich vom Unternehmensbereich Personal und nicht vom Vorstand verfasst. Nur dieser war jedoch gemäß den Grundsätzen über die Versorgung von 1972 und 1992 berechtigt, das Versorgungsrecht zu gewähren. Dass hier eine Verlautbarung einer nichtberechtigten Person vorgelegen hätte, war für die Arbeitnehmer auch erkennbar, weil die Personalinformation selbst auf die Umsetzung des Vorstandsbeschlusses und damit auf die Befugnis des Vorstandes zur Verleihung des Versorgungsrechtes hinweist (Arbeitsgericht München vom 24.09.2010 – 36 Ca 2373/10).

bb)

Ebenso wenig folgt aus sämtlichen anderen vom Kläger vorgetragenen Verlautbarungen der Beklagten (Mitarbeiterhandbücher, Vorträge, Vortragsunterlagen wie Ausdrucke von Power-Point-Präsentationen, Informationsblätter, Informationsbroschüren, Erläuterungen auf Anfragen von außen oder Vermerke auf interne Anfragen, Mitteilungen an Mitarbeiter),

dass die Beklagte hierdurch ihre Verpflichtung erklärt haben soll, allen ihren Mitarbeitern bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen das Versorgungsrecht einzuräumen.

Alle diese Mitteilungen sind lediglich Informationen, Hinweise, Erläuterungen über die Voraussetzungen und den Inhalt bzw. die Rechtsfolgen der Einräumung eines beamtenähnlichen Status durch die Beklagte, insbesondere über die als wesentlicher Bestandteil dieses Status gewährten Versorgungsrechte und –wege, über die diesbezüglichen Regelwerke, also die Versorgungsordnungen und ihre Varianten, schließlich über die Handhabung bzw. den Vollzug dieser Regelwerke bei der Beklagten. Sie wollen und sollen, kurz gefasst, über Rechte informieren, sie aber nicht einräumen bzw. begründen (vgl. ausführlich LAG München vom 21.05.2010 – 3 Sa 960/09).

## 2.

Der Kläger hat allerdings einen Anspruch auf Vereinbarung des sogenannten Versorgungsrechts aus betrieblicher Übung. Das hat das Landesarbeitsgericht in einigen Parallelfällen bereits entschieden (vgl. insbesondere LAG München, Urteil vom 21.12.2010 – 9 Sa 484/10; Urteil vom 16.12.2010 – 4 Sa 651/10).

### a)

Eine betriebliche Übung entsteht durch ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten des Arbeitgebers, das den Inhalt der Arbeitsverhältnisse gestaltet und geeignet ist, vertragliche Ansprüche auf eine Leistung zu begründen, wenn und soweit Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers schließen durften, ihnen werde eine entsprechende Leistung auch künftig gewährt. Auf die subjektiven Vorstellungen des Arbeitgebers und damit auf die interne Entscheidungsfindung kommt es nicht an. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer dem Verhalten des Arbeitgebers einen Verpflichtungswillen entnehmen kann. Aus dem Verhalten des Arbeitgebers wird konkludent auf eine Willenserklärung geschlossen, die vom Arbeitnehmer gem. § 151 BGB angenommen werden kann. Dadurch wird ein vertragliches Schuldverhältnis geschaffen, aus dem bei Eintritt der vereinbarten Anspruchsvoraussetzungen ein einklagbarer Anspruch auf die üblich gewordene Vergünstigung erwächst. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber mit einem entsprechenden Verpflichtungswillen gehandelt hat. Die Wirkung einer Willenserklärung oder eines bestimmten Verhaltens tritt im Rechtsverkehr schon dann ein, wenn der Erklärende aus der

Sicht des Erklärungsempfängers einen auf eine bestimmte Rechtswirkung gerichteten Willen geäußert hat. Ob eine für den Arbeitgeber bindende betriebliche Übung auf Grund der Gewährung von Leistungen an seine Arbeitnehmer entstanden ist, muss deshalb danach beurteilt werden, inwieweit die Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte gem. § 242 BGB und der Begleitumstände auf einen Bindungswillen des Arbeitgebers schließen durften. Dabei ist es unerheblich, ob der betreffende Arbeitnehmer selbst bisher schon in die Übung einbezogen worden ist. Eine Mitteilung über die an andere Arbeitnehmer erfolgten Zahlungen gegenüber den übrigen Arbeitnehmern ist ebenso wenig erforderlich, wie eine allgemeine Veröffentlichung im Betrieb. Es ist von dem allgemeinen Erfahrungssatz auszugehen, dass derartige begünstigende Leistungen allgemein bekannt werden. Wie lange die Übung bestehen muss, damit die Arbeitnehmer berechtigt erwarten können, dass sie fortgesetzt werde, hängt davon ab, wie häufig die Leistungen erbracht worden sind. Dabei kommt es auf die Zahl der Anwendungsfälle im Verhältnis zur Belegschaftsstärke an. Ferner sind in die Bewertung der Relation von Anzahl der Wiederholungen und Dauer der Übungen auch Art und Inhalt der Leistungen einzubeziehen. Bei für den Arbeitnehmer weniger wichtigen Leistungen sind an die Zahl der Wiederholungen höhere Anforderungen zu stellen, als bei bedeutsameren Leistungsinhalten (vgl. BAG, Urteil vom 28.06.2006 - 10 AZR 385/05, NZA 2006, S. 1174, m. w. N.).

Auch Ansprüche auf eine betriebliche Altersversorgung können durch betriebliche Übung begründet werden. Dies hat der Gesetzgeber in § 1 b Abs. 1 S. 4 BetrAVG ausdrücklich anerkannt (BAG, Urteil vom 31.07.2007 – 3 AZR 189/06, AP Nr. 79 zu § 242 BGB Betriebliche Übung).

**b)**

Das gleichförmige und wiederholte Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit der Erteilung des Versorgungsrechts begründet für den Kläger einen Anspruch aus betrieblicher Übung darauf, dass die Beklagte auch ihm das Versorgungsrecht anbietet.

**aa)**

Dem Entstehen einer betrieblichen Übung steht nicht entgegen, dass der Kläger selbst bislang nicht Empfänger der wiederholt gewährten Leistung war. Es ist anerkannt, dass

eine betriebliche Übung auch bei Einmalleistungen wie Gratifikationen oder Versorgungszusagen entsteht. Es ist vom Erfahrungssatz auszugehen, dass die Belegschaft Kenntnis von der im Betrieb üblichen Praxis der einmaligen Leistung erhält, und unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein zurechenbarer objektiver Bindungswille des Arbeitgebers deutlich wird (vgl. BAG, Urteil vom 27.06.2001 - 10 AZR 488/00, EzA § 242 BGB Betriebliche Übung Nr. 44).

bb)

Die Beklagte hat in der Zeit von 1972 bis 2008 nahezu allen Mitarbeitern, die die Wartezeit (20 Jahre Dienstzeit bei Kreditinstituten, davon mindestens 10 Jahre bei der Beklagten) erfüllt hatten, das Versorgungsrecht angeboten. Der Kläger hat vorgetragen, nur in Einzelfällen sei wegen Nichterfüllung der weiteren kommunizierten Voraussetzungen, also insbesondere aus gesundheitlichen Gründen, das Versorgungsrecht nicht angeboten worden. Dabei handele es sich um insgesamt lediglich 27 Mitarbeiter gegenüber derzeit rund 2.500 Inhabern des Versorgungsrechts.

Unter Heranziehung des § 138 Abs. 4 ZPO ist dieser klägerische Vortrag als zugestanden anzusehen, denn die unzulässige Erklärung mit Nichtwissen steht dem Nichtbestreiten nach § 139 Abs. 3 ZPO gleich. Bei der Frage, wie vielen Mitarbeitern aus welchen Gründen das Versorgungsrecht in der Vergangenheit nicht gewährt worden ist, handelt es sich um eine Tatsache aus dem Geschäfts- und Verantwortungsbereich der Beklagten, die nicht mit Nichtwissen bestritten werden kann. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Beklagten die Durchsicht aller Personalakten unzumutbar wäre. Es ist nicht nachvollziehbar, dass das Sichten der Personalakten überhaupt erforderlich sein soll. Das Auswerten der Personalstammbblätter, in denen neben der Betriebszugehörigkeit auch vermerkt ist, ob einem Mitarbeiter ein Versorgungsrecht zugesagt wurde und/oder das Auswerten der jährlichen Vorstandsbeschlüsse über die Zusage des Versorgungsrechts würde die Zahl der Fälle, in denen tatsächlich ein Blick in eine Personalakte geworfen werden muss, auf jeden Fall auf ein Maß reduzieren, das der Beklagten in Anbetracht der von ihr selbst immer wieder betonten großen Bedeutung dieses und der parallelen Verfahren eine Auswertung auf jeden Fall zumutbar macht.

cc)

Dass der Vorstand jährlich über die Gewährung des Versorgungsrechts an die im Folgejahr die Wartezeit erfüllenden Mitarbeiter entschieden hat, steht dem Entstehen einer betrieblichen Übung nicht entgegen. Entscheidend ist, ob Umstände vorliegen, auf Grund derer ein Vertrauen der Mitarbeiter auf Gewährung des Versorgungsrechts bei Erfüllung der kommunizierten Voraussetzungen, nicht entstehen konnte.

Zum einen ist schon nicht ersichtlich, inwiefern den Mitarbeitern bekannt gewesen sein soll, dass der Vorstand jeweils eine Ermessensentscheidung trifft. Keiner der Informationen, mit denen die Beklagte die Mitarbeiter über das Institut des Versorgungsrechts informiert hat, ist zu entnehmen, dass der Vorstand bei seiner Entscheidung weitere als die z. B. im Mitarbeiterhandbuch veröffentlichten Kriterien zugrunde legt. Insbesondere ist keiner der Informationen zu entnehmen, dass der Vorstand sich ein Ermessen oder die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation vorbehält. Soweit die Beklagte eine Vorstandsvorlage vorlegt, aus der hervorgeht, dass der Vorstand sich auch in der Vergangenheit mit der wirtschaftlichen Vertretbarkeit der Erteilung des Versorgungsrechts auseinandergesetzt hat, ergibt sich daraus nichts anderes, da die Vorstandsvorlage keine Information an die Belegschaft, sondern Teil der internen Willensbildung ist (zur Bedeutungslosigkeit von Einschränkungen in Aufsichtsratsbeschlüssen vgl. BAG, Urteil vom 31.07.2007 - 3 AZR 189/06, NZA-RR 2008, S. 263). Der Vorstand ist auch kein externer Dritter oder ein der Beklagten übergeordnetes Entscheidungsgremium, sondern das kraft Gesetzes für die Beklagte handelnde Vertretungsorgan. Entscheidend ist, dass ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten vorliegt, aus dem die Arbeitnehmer eine Regel ableiten und einen Verpflichtungswillen entnehmen können. Dass der Vorstand über die kommunizierten Voraussetzungen des Versorgungsrechts hinaus jährlich eine grundsätzliche Ermessensentscheidung darüber trifft, ob für die im nächsten Jahr anstehenden Mitarbeiter überhaupt das Versorgungsrecht zugesagt werden soll, ist den von der Beklagten der Belegschaft gegebenen Informationen nicht zu entnehmen.

In diesem Zusammenhang kann sich die Beklagte auch nicht auf die PV 72 berufen. In dieser ist zwar eine ausdrückliche „Kann-Regelung“ enthalten. Sie war als Anlage zum Fusionsvertrag den Mitarbeitern aber weder bekannt, noch begründet sie diesen gegenüber Rechte und Pflichten. Die Beklagte hat selbst vorgetragen, dass die PV 72 den Mit-



arbeitern nie bekannt gegeben wurde (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 30.09.2009, S. 8). Es ist einer betrieblichen Übung auch immanent, dass der Arbeitgeber – bevor er sich durch sein gleichförmiges Verhalten bindet – frei und unter Abwägung aller für ihn maßgeblichen Kriterien über die Leistungsgewährung entscheidet. Das steht aber dem Eintritt der Bindungswirkung nicht entgegen, wenn das Ergebnis dieser Abwägung jeweils eine vorbehaltlose gleichförmige Leistungsgewährung ist. Will der Arbeitgeber vermeiden, dass aus der Stetigkeit seines Verhaltens eine in die Zukunft wirkende Bindung entsteht, muss er den einschränkenden Vorbehalt zwar nicht ausdrücklich formulieren, aber klar und deutlich zum Ausdruck bringen (BAG, Urteil vom 16.02.2010 – 3 AZR 118/08, NZA 2011, S. 104).

**c)**

Die Beklagte hat das Versorgungsrecht auch nicht für die Arbeitnehmer erkennbar aufgrund einer anderen, und sei es auch tatsächlich nicht bestehenden, Rechtspflicht erbringen wollen (BAG vom 05.11.2008 – 5 AZR 455/07).

Es fehlt schon am (vermeintlichen) Vollzug einer Norm oder anderen Rechtspflicht. Soweit sich die Beklagte in diesem Zusammenhang wiederum auf Ziff. 3.2 der PV 72 beruft, ist zum einen zweifelhaft, ob diese Klausel in einer Anlage zum Fusionsvertrag den Arbeitnehmern überhaupt subjektive Rechte vermittelt; zum anderen ist nicht klargeworden, dass die Beklagte das Versorgungsrecht gegeben hat, weil sie sich verpflichtet gefühlt hat, aufgrund der PV 72 in Ausübung billigen Ermessens das Versorgungsrecht zu geben.

Vor allem aber ist den Mitarbeitern nicht erkennbar gewesen, dass die Beklagte in Erfüllung einer anderen (vermeintlichen) Rechtspflicht das Versorgungsrecht gewährt. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass die Beklagte selbst vorgetragen hat, die PV 72 sei den Mitarbeitern nie bekannt gegeben worden. Auch in den Informationen an die Belegschaft zum Entstehen und zu den Voraussetzungen des Versorgungsrechts wird auf die PV 72 nicht Bezug genommen.

**d)**

Die betriebliche Übung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil es sich bei der Beklagten um eine Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt, und dies ein schützenswertes Vertrauen der Arbeitnehmer ausschließen würde.

**aa)**

Zwar gelten für Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes die Grundsätze der betrieblichen Übung nicht uneingeschränkt. Die durch Anweisungen vorgesetzter Dienststellen, Verwaltungsrichtlinien, Verordnungen und gesetzliche Regelungen, vor allem aber durch die Festlegungen des Haushaltsplans gebundenen öffentlichen Arbeitgeber sind anders als private Arbeitgeber gehalten, die Mindestbedingungen des Tarifrechts und die Haushaltsvorgaben bei der Gestaltung von Arbeitsverhältnissen zu beachten. Im Zweifel gilt Normenvollzug. Ein Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes muss grundsätzlich davon ausgehen, dass ihm sein Arbeitgeber nur die Leistungen gewähren will, zu denen er rechtlich verpflichtet ist. Ohne besondere Anhaltspunkte darf der Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst deshalb auch bei langjähriger Gewährung von Vergünstigungen, die den Rahmen rechtlicher Verpflichtungen überschreiten, nicht darauf vertrauen, die Übung sei Vertragsinhalt geworden und werde unbefristet weitergewährt. Der Arbeitnehmer muss damit rechnen, dass eine fehlerhafte Rechtsanwendung korrigiert wird (vgl. BAG, Urteil vom 14.09.1994 - 5 AZR 679/93, NZA 1995, S. 419).

Ein Anlass, einen öffentlich - rechtlich verfassten Arbeitgeber vor der Anwendung der allgemeinen Grundsätze zu schützen, besteht aber dann nicht, wenn der Arbeitgeber bezüglich der bei ihm bestehenden Arbeitsverhältnisse keinen näheren staatlichen Festlegungen unterworfen ist, die Regeln für die Beschäftigung seiner Mitarbeiter autonom aufstellt und nicht an die Weisungen vorgesetzter Dienststellen und Behörden gebunden ist (BAG, Urteil vom 16.07.1996 - 3 AZR 352/95, NZA 1997, S. 664).

**bb)**

Von letzterem ist bei der Beklagten auszugehen. Sie ist hinsichtlich der Gestaltung des Inhalts ihrer Arbeitsverhältnisse nicht an Weisungen vorgesetzter Dienststellen und Behörden gebunden. Sie stellt die Regelungen für die Beschäftigung ihrer Mitarbeiter vielmehr autonom auf. Insbesondere wendet die Beklagte nicht etwa die Bestimmungen der

einschlägigen Tarifverträge des öffentlichen Dienstes an, sondern beschäftigt ihre Mitarbeiter zum Teil nach dem „Banktarif“, zum Teil außertariflich und nutzt auch Instrumente der Sonderzahlung in nicht unerheblichem Umfang. Für außertarifliche Angestellte hat sie einen Besoldungsplan aufgestellt. Die Argumentation der Beklagten mit der eingeschränkten Geltung der Grundsätze der betrieblichen Übung für Arbeitsverhältnisse des öffentlichen Dienstes ist vor diesem Hintergrund nicht schlüssig, denn die Beklagte handelt nicht für ihre Mitarbeiter erkennbar im Rahmen bloßen Normenvollzugs. Bezogen auf die Gestaltung der Arbeitsverhältnisse gibt es weder vorgesetzte Dienststellen, Vorgaben eines Haushaltsplanes oder zwingende Vorschriften.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass in der Anlage zum Fusionsvertrag, in der PV 72, Grundsätze für Besoldung und Versorgung der Mitarbeiter vertraglich festgelegt wurden. Diese Regelung hat keinen normativen Charakter. Es ist nicht ersichtlich, dass eine Abweichung von diesem Vertrag zu Gunsten der Mitarbeiter gegen Rechtsvorschriften verstoßen würde.

Auch aus der Tatsache, dass die Satzung dem Vorstand der Beklagten auferlegt, sich bei der Gestaltung der Besoldung und Versorgung im Rahmen der Vorgaben des Verwaltungsrats zu halten, ergibt sich nichts anders. Gem. § 6 BayLBG sind sowohl der Vorstand als auch der Verwaltungsrat Organe der Beklagten. Die Satzung regelt insoweit nur das Verhältnis zweier Organe der Beklagten zueinander. Die Tatsache, dass der Verwaltungsrat als ein Organ der Beklagten durch Erlass der „Grundsätze über die Besoldung und Versorgung der Mitarbeiter“ die Vorgaben für Besoldung und Versorgung macht, ist vielmehr gerade Ausdruck der autonomen Gestaltung der Beschäftigungsregelungen durch die Beklagte selbst. Eine Bindung der Beklagten hinsichtlich der Ausgestaltung ihrer Arbeitsverhältnisse an einen Haushaltsplan oder sonstige konkrete gesetzliche oder tarifliche Vorgaben ergibt sich daraus gerade nicht.

cc)

Dem Entstehen einer betrieblichen Übung stehen auch nicht die Art. 17 und 18 BayLBG entgegen.

Auch aus Art. 17 BayLBG, wonach die Beklagte der Rechtsaufsicht unterworfen ist, ergibt sich nicht, dass die Arbeitnehmer der Beklagten, wie die Arbeitnehmer einer Behörde, davon ausgehen mussten, die Beklagte werde hinsichtlich Vergütung und Versorgung immer nur das leisten, wozu sie nach Gesetz und Tarifvertrag verpflichtet ist. Nachdem diesbezügliche normative Vorgaben, insbesondere auch Vorgaben, welche einer übertariflichen Vergütung entgegenstehen, nicht ersichtlich sind, erschließt sich nicht, von welcher einzuhaltenden Normbindung die Arbeitnehmer hätten ausgehen sollen. Die Tatsache, dass die Beklagte der Rechtsaufsicht untersteht, schafft nicht zusätzliche Normen.

Das Gleiche gilt für die sich aus Art. 18 BayLBG ergebende Aufsicht durch den Bayerischen Obersten Rechnungshof. Weil dieser auch im Hinblick auf die Beklagte die Einhaltung der Grundsätze des sparsamen und wirtschaftlichen Handelns (Art. 90 BayHO) zu überwachen haben mag, mussten die Arbeitnehmer der Beklagten nicht von einer Bindung der Beklagten an auch aus dem Vortrag der Beklagten selbst nicht entnehmbare normative Vorgaben ausgehen.

dd)

Auch die mögliche Ausweitung der Gewährträgerhaftung steht einer betrieblichen Übung nicht entgegen.

Nach Art. 4 BayLBG haften der D. und der Sparkassenverband Bayern für die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Beklagten. Dass sich daraus eine Beschränkung der Beklagten bezüglich des Eingehens von Verpflichtungen gegenüber ihren Mitarbeitern ergibt, ist nicht ersichtlich. Die Mitarbeiter der Beklagten mussten deshalb auch wegen des Bestehens der Gewährträgerhaftung, deren Zweck auf die Absicherung ganz anderer Risiken gerichtet ist, nicht davon ausgehen, die Beklagte dürfe sich nicht über tariflichen oder gesetzliche Verpflichtungen hinaus zu Leistungen an ihre Mitarbeiter verpflichten.

ee)

Eine betriebliche Übung scheitert auch nicht daran, dass die „Anwärter“ auf das Versorgungsrecht womöglich besser gestellt sind als Beamtenanwärter und die Inhaber des Versorgungsrechts besser als Beamte (keine Bindung an Besoldungsordnung, keine Beamten vergleichbare Versetzbarkeit, kein Ausschluss des Streikrechts). Es gibt keinen

Rechtsgrundsatz, der es einem Arbeitgeber verbieten würde, seinen Arbeitnehmern nach Versorgung, Entgeltfortzahlung und Kündigungsschutz eine beamtenähnliche Stellung einzuräumen und sie im Gesamtpaket vielleicht besser zu stellen als Beamte.

Inwieweit die von der Beklagten angestellten Vergleiche zutreffen, kann deshalb dahinstehen. Wenn es darauf ankäme, müsste ein Vergleich differenzierter ausfallen. Zwar trifft es beispielsweise zu, dass ein Beamtenanwärter keinen Anspruch auf Anstellung als Beamter hat. Die Dauer der Anwärterzeit ist aber auch nicht vergleichbar mit der hier vorgegebenen Wartezeit.

**e)**

Das Entstehen einer betrieblichen Übung scheidet schließlich auch nicht an dem Freiwilligkeitsvorbehalt aus dem Arbeitsvertrag des Klägers. Auch das hat die 9. Kammer am Landesarbeitsgericht München bereits überzeugend ausgeführt (Urteil vom 21.12.2010 – 9 Sa 484/10; vgl. auch Urteil der 4. Kammer vom 16.12.2010 – 4 Sa 651/10).

Es ist anerkannt, dass ein Anspruch aus betrieblicher Übung ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitgeber durch die Erklärung eines entsprechenden Vorbehalts das Fehlen eines Rechtsbindungswillens klar und deutlich zum Ausdruck bringt. Als hinreichend deutlich hat das Bundesarbeitsgericht Formulierungen wie, die Leistung erfolge „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ oder „es entstehe für die Zukunft kein Rechtsanspruch“ anerkannt (vgl. BAG, Urteil vom 19.05.2005 – 3 AZR 660/03, NZA 2005, S. 889). Ohne Bedeutung ist, ob dieser Hinweis aus Beweisgründen bereits im Arbeitsvertrag festgehalten ist oder vor der jeweiligen Auszahlung erfolgt. Für Sonderzahlungen hat das Bundesarbeitsgericht ausgeführt, dass ungeachtet der Schwierigkeiten, die mit der Wiederholung des Vorbehalts vor jeder Sonderzahlung für den Arbeitgeber verbunden sein können, nicht anzunehmen sei, dass ein Arbeitnehmer einer ständigen Wiederholung des Vorbehalts vor jeder Leistung größere Bedeutung beimisst als einem klaren und verständlichen Hinweis im Arbeitsvertrag. Im Arbeitsvertrag enthaltene Hinweise und getroffene Abreden müssen zu ihrer Wirksamkeit nicht ständig wiederholt werden (vgl. BAG, Urteil vom 30.07.2008 - 10 AZR 606/07, NZA 2008, S. 1173). Will der Arbeitgeber das Entstehen einer betrieblichen Übung bei Einmalleistungen verhindern, steht ihm die Möglichkeit jeweils bei Leistungsgewährung einen Vorbehalt zu erklären, gar nicht zur Verfügung.

Ein Vorbehalt ist im Arbeitsvertrag des Klägers zwar enthalten, da dort vereinbart ist, dass auch bei wiederholter Gewährung einer Leistung, die nicht in diesem Vertrag festgesetzt ist, kein Rechtsanspruch besteht. Ob dieser Vorbehalt bezogen auf den Anspruch auf Zusage des Versorgungsrechts aus dem Rechtsgrund der betrieblichen Übung beim Kläger überhaupt eine Rolle spielen kann ist zweifelhaft, denn in der Einleitung des Vertrages vom 02.08.2006 heißt es: „Über den Regelungsbereich dieses Vertrages hinausgehende Zusagen und Vereinbarungen bleiben unberührt.“ Das kann letztlich dahinstehen. Eine Auslegung des arbeitsvertraglichen Vorbehalts ergibt, dass dieser nicht darauf gerichtet ist, einen Anspruch auf Erteilung des Versorgungsrechts auszuschließen.

Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Entscheidend ist im Ergebnis nicht der empirische Wille des Erklärenden, sondern der durch normative Auslegung zu ermittelnde objektive Erklärungswert seines Verhaltens (vgl. Palandt, BGB, 69. Aufl., § 133, Rn. 9, m. w. N.). Bei Anwendung dieser Grundsätze, musste der Kläger den Vorbehalt so verstehen, dass dieser zwar darauf abzielte, das Entstehen jeder „normalen“ betrieblichen Übung zu verhindern, sich aber nicht auf das Versorgungsrecht bezog.

Folgende Umstände sind zu berücksichtigen: Die Beklagte hat in ihrer Kommunikation an die Mitarbeiter bezüglich des Versorgungsrechts über Jahrzehnte hinweg in den verschiedensten Veröffentlichungen auf das Institut des Versorgungsrechts hingewiesen und dabei klare und abschließende Voraussetzungen kommuniziert, z.B. im Mitarbeiterhandbuch, in der Personalinformation vom 28.10.1994 oder in den ins Intranet eingestellten Präsentationen. Diese Hinweise und Informationen enthielten durchgängig keinerlei Hinweis auf den Freiwilligkeitsvorbehalt. Vielmehr wurde das Versorgungsrecht stets gleichrangig neben der Versorgung durch die Unterstützungskasse, auf die unstreitig ein Rechtsanspruch besteht, präsentiert.

Diese Informationen sind zwar als solche nicht geeignet, einen Rechtsanspruch des Klägers z.B. durch eine Gesamtzusage zu begründen, da sie wegen ihres eindeutigen Informationscharakters einen Rechtsbindungswillen nicht erkennen lassen. Gleichwohl sind diese von der Beklagten bewusst gesetzten Informationen Umstände, die bei der Ausle-

gung des Freiwilligkeitsvorbehalts zu berücksichtigen sind. Der Arbeitgeber hat mit diesen Informationen das Versorgungsrecht als ein zwar an andere Voraussetzungen anknüpfendes, aber ansonsten gleichrangig neben der Versorgung durch die Unterstützungskasse bestehendes Institut dargestellt. In keiner der Informationen wurde hinsichtlich der rechtlichen Bindung zwischen dem Versorgungsrecht und der Versorgung durch die Unterstützungskasse differenziert. Da bezüglich der Versorgung durch die Unterstützungskasse unstreitig ein Rechtsanspruch besteht, die Beklagte aber gleichwohl über Jahrzehnte hinweg darauf verzichtet hat, in den vielfältigen Informationen auf einen Unterschied hinsichtlich ihrer Verpflichtung, diese Leistungen zu gewähren, hinzuweisen, konnten die Arbeitnehmer davon ausgehen, dass auch hinsichtlich des Versorgungsrechts der Freiwilligkeitsvorbehalt nicht greifen soll.

Auch vor Erfüllung der Voraussetzungen, während der Wartezeit wurde die Möglichkeit der Erteilung des Versorgungsrechts stets als Bestandteil der arbeitsvertraglichen Bindungen behandelt. So wurde z.B. auf dem Blatt mit den Personalstammdaten von Beginn des Arbeitsverhältnisses an ausgewiesen, wann die Wartezeit für das Versorgungsrecht begonnen hat. Bei Entsendungen oder Beurlaubungen wurden Regelungen über die Anrechnung auf die Wartezeit getroffen.

Die Beklagte hat durch die wiederholte und gleichbleibende Mitteilung der Voraussetzungen des Versorgungsrechts an die Mitarbeiter bei diesen die Erwartung geweckt, bei Erfüllung dieser Voraussetzungen werde das Versorgungsrecht erteilt. Die Mitteilung klarer Leistungsvoraussetzungen hat einen Erklärungsgehalt, der über den der gleichförmigen Leistungsgewährung, der die betriebliche Übung begründet, hinausgeht. Den Mitarbeitern wurde vermittelt, dass sie durch die Erfüllung der Voraussetzungen die Zusage des Versorgungsrechts herbeiführen konnten. Hierdurch wurden bewusste Leistungs- und Verhaltensanreize gesetzt, insbesondere die Mitarbeiter an die Beklagte gebunden. Während der Wartezeit mussten die Mitarbeiter mit Betriebstreue und guter Leistung und Führung in Vorleistung gehen.

Diese Umstände machen deutlich, dass das Versorgungsrecht auch vor Erfüllung der Wartezeit in den Arbeitsverhältnissen der Mitarbeiter der Beklagten stets präsent war und mit bedacht wurde, wie es sich am deutlichsten in der Aufnahme des Beginns der Warte-

zeit in die Personalstammlblätter zeigt. Unter Berücksichtigung dieser Umstände konnte der Kläger nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt sich nicht auf die Erteilung des Versorgungsrechts bezieht. Nur ergänzend sei angemerkt, dass selbst Mitarbeiter in der Rechtsabteilung der Beklagten davon ausgegangen sind, dass trotz des Freiwilligkeitsvorbehalts in den Verträgen eine betriebliche Übung bezüglich des Versorgungsrechts nicht ausgeschlossen ist. Auch in der internen Stellungnahme des Personalmanagements Inland vom 19.08.2002 zur Rechtslage spielte der Freiwilligkeitsvorbehalt keine Rolle.

Die im Arbeitsvertrag enthaltene Schriftformklausel, wonach über den Vertrag hinausgehende Vereinbarungen zu ihrer Gültigkeit der Schriftform bedürfen, stehen dem Anspruch aus betrieblicher Übung ebensowenig entgegen, da eine solche einfache Schriftformklausel ohne Einhaltung der Schriftformklausel abbedungen werden kann. Dies gilt auch dann, wenn die Parteien nicht an die Schriftformklausel gedacht haben (vgl. ausführlich zu einem Parallelfall LAG München vom 16.12.2010 – 4 Sa 651/10).

**f)**

Der Kläger erfüllt die nach der betrieblichen Übung vorgegebenen Voraussetzungen für die Erteilung des Versorgungsrechts und hat deshalb Anspruch auf das beantragte Vertragsangebot.

**aa)**

Inhalt der betrieblichen Übung ist, dass die Beklagte denjenigen Arbeitnehmern, welche die drei Voraussetzungen 20 Jahre Tätigkeit im Kreditgewerbe, davon mindestens 10 Jahre bei der Beklagten, gute Beurteilung und eine gesundheitliche Verfassung, die eine vorzeitige Pensionierung nicht erwarten lässt, das Versorgungsrecht erteilt.

Auf die Tatsache, dass die Beklagte in den verschiedenen Mitteilungen an die Mitarbeiter die Voraussetzungen unterschiedlich formuliert hat, kommt es vorliegend nicht an. Die Abweichungen sind im Wesentlichen semantischer Natur. Im Übrigen bestreitet die Beklagte nicht, dass der Kläger die Wartezeit und die weiteren Voraussetzungen bezogen auf Leistung und Führung sowie Gesundheit erfüllt.



bb)

Soweit sich die Beklagte darauf beruft, der Kläger würde die weitere Voraussetzung der zukünftigen Arbeitsplatzsicherheit nicht erfüllen, ist diese Voraussetzung nicht Inhalt der betrieblichen Übung geworden. Als die Beklagte erstmals anfang, die Aufnahme der Arbeitsplatzsicherheit in den Kriterienkatalog für die Erteilung des Versorgungsrechts zu kommunizieren, bestand das Arbeitsverhältnis des Klägers unter der Geltung der betrieblichen Übung bereits seit vielen Jahren. Für den Kläger gelten die Voraussetzungen für die Erteilung des Versorgungsrechts, wie sie zum Zeitpunkt seiner Einstellung bestanden (vgl. Erfkom./Steinmeyer, 11. Aufl., § 1 b BetrAVG Rn. 33). Der Kläger konnte zum Zeitpunkt seiner Einstellung davon ausgehen, dass für ihn nur auf die Erfüllung der Wartezeit, Leistung und Führung sowie die gesundheitliche Eignung ankommt. Jedenfalls für den Kläger hat die Beklagte kein zusätzliches Kriterium wirksam eingeführt. Es liegt weder eine einvernehmliche Abänderung der betrieblichen Übung, noch ein Rückgriff der Beklagten auf eine Änderungskündigung oder eine kollektivvertragliche Abänderung vor. Insbesondere kann dem Kläger kein Einvernehmen mit dem zusätzlichen Kriterium der Arbeitsplatzsicherheit unterstellt werden (vgl. BAG vom 16.02.2010 – 3 AZR 118/08, NZA 2011, S. 104).

Im Übrigen: Selbst wenn man annehmen wollte, dass für den Kläger das Kriterium der Arbeitsplatzsicherheit eine Rolle spielt, hat die Beklagte nicht dargelegt, dass individuell bezogen auf den Kläger dieses Kriterium nicht vorliegt. Die Beklagte hat lediglich allgemein vorgetragen, dass sie wegen einer erforderlichen Reorganisation vor einem massiven Personalabbau stehe. Es lägen deshalb – auch längerfristig – keine gesicherten Arbeitsplätze vor (vgl. etwa Beklagtenschriftsatz vom 30.09.2009, S. 17 f.). Ein derart allgemeines Verständnis des Kriteriums Arbeitsplatzsicherheit widerspricht der bisherigen Prüfung auf den einzelnen Arbeitnehmer bezogener Kriterien und soll letztlich nur dazu dienen, den Anspruch auf das Versorgungsrecht für alle Arbeitnehmer, unabhängig von ihren individuellen Aussichten auf zukünftige Beschäftigung, zu Fall zu bringen.

Da die Beklagte den Vergleich mit dem Beamtenrecht zieht: Der Beamte wird im Anschluss an die Anwärterzeit („Beamter auf Widerruf“) ins Beamtenverhältnis „auf Probe“ übernommen, wenn eine Stelle zur Verfügung steht. Dass der Staat diesen Beamten lebenslang beschäftigten kann ist nicht garantiert (vgl. die Problematik bei Post und Bahn).

Selbst der Beamte auf Probe wird unabhängig von der Stellensituation ins Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übernommen, wenn er die Probezeit besteht. Die Beklagte möchte das Versorgungsrecht nach zwanzigjähriger Tätigkeit, davon mindestens zehn Jahre bei der Beklagten, verweigern, weil es bei jedem Einzelnen sein könne, dass er im Zuge der Reorganisation vielleicht zukünftig nicht mehr beschäftigt werden könne.

cc)

Der Kläger hat auch Anspruch auf den im Tenor des Ersturteils wiedergegebenen Vertragstext. Dabei handelt es sich unstrittig um das Angebot, wie es die Beklagte noch 2008 unterbreitet hat.

Wenn sie Gründe für eine notwendige Abänderung des Angebots (z. B. veränderte Rechtslage) sieht, hätte sie diese darzulegen gehabt.

Selbst wenn die Beklagte auf der Rechtsfolgenseite Gestaltungsspielräume hätte – dass die eingeräumten Rechte in ihrem Kern verändert worden wären, hat die Beklagte allerdings nicht dargelegt – wären die Bedingungen des Versorgungsrechts gemäß § 315 BGB im Rahmen der Billigkeit festzulegen. Unbillig wäre eine Bestimmung, die außer acht ließe, welche Vorstellungen und Erwartungen bei den Begünstigten erweckt wurden oder die den Interessen der begünstigten Arbeitnehmer nicht mehr in angemessenem Umfang Rechnung trägt (BAG vom 25.06.2002 – 3 AZR 360/01, NZA 2003, S. 875).

## C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 64 Abs. 6 ArbGG, § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Revision war nach § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen, da der Rechtsstreit im Hinblick auf die große Zahl der bei der Beklagten betroffenen Arbeitnehmer grundsätzliche Bedeutung hat. Gegen dieses Urteil ist deshalb für die Beklagte die Revision gemäß nachfolgender Rechtsmittelbelehrung gegeben.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann die Beklagte Revision einlegen.

Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

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

Hermann

Huber