



**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

F. L., C. ring 134, X.,

**- Kläger und Berufungskläger -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte T., X., Q.,  
S. Str. 49 d, E.,

**g e g e n**

E-Q. Mobilfunk GmbH, endvertreten durch den Geschäftsführer  
U. E., E-Q.-Str. 1, E.,

**- Beklagte und Berufungsbeklagte -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte D. I., T. u. a.,  
O. Str. 12, N.,

hat die 14. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 12.04.2016  
durch den Direktor des Arbeitsgerichts Jakubowski als Vorsitzenden  
sowie die ehrenamtlichen Richter Franzen und Dannemann

**für R e c h t erkannt:**

- 1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 05. Oktober 2015 - 4 Ca 3698/15 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen.**
- 2. Die Revision wird zugelassen.**

## TATBESTAND:

Die Parteien streiten über den Anspruch des Klägers auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages und Zahlung einer Abfindung sowie über einen Anspruch auf Schadensersatz.

Die Beklagte ist Teil der E-Q.-Gruppe, die wiederum Teil des Mobilfunkkonzerns U. ist. Sie bietet Dienstleistungen aus den Bereichen Mobilfunk und Internet an. Bei der Beklagten sind örtliche Betriebsräte sowie ein Gesamtbetriebsrat vorhanden. Im U. Konzern ist ein Konzernbetriebsrat eingerichtet.

Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 16.08.1999, zuletzt auf der Grundlage des Anstellungsvertrags vom 13.12.2011 (Bl. 21 ff. d. A.), als Gruppenleiter (Team Manager) im Bereich IT beschäftigt.

Im Rahmen der Integration der E-Q. Gesellschaften in den U. Konzern schlossen die U. Deutschland Holding AG sowie die U. Germany GmbH & Co OHG mit dem Konzernbetriebsrat unter dem 06.02.2015 eine Rahmenvereinbarung für die Interessenausgleiche „Montreal“ (im Folgenden Rahmeninteressenausgleich).

In dem dritten Absatz der Präambel vereinbarten sie:

„Zum Ausgleich und zur Milderung der möglichen sozialen und wirtschaftlichen Nachteile, die Arbeitnehmern aus künftigen Maßnahmen entstehen können, haben die Betriebsparteien einen Rahmensozialplan „Montreal“ (nachfolgend „**Rahmensozialplan**“ genannt) abgeschlossen.“

In § 2 Abs. 2 des Rahmeninteressenausgleichs ist geregelt:

„Im Zuge des Abbaus von Doppelfunktionen und der Verschlinkung der Organisation sollen bis Ende 2018 1.600 FTE der aktuell rund 9.100 FTE abgebaut werden. Dieser Abbau soll im Rahmen eines Abfindungsprogramms erfolgen. Das Abfindungsprogramm setzt sich gemäß § 3, Anlage 2 des Rahmensozialplans aus einem Gesteuerten und einem Offenen Abfindungsprogramm zusammen. Anfang 2015 sollen im Rahmen des Abfindungsprogramms rund 800 FTE entfallen, davon 100 FTE im Wege des Offenen Abfindungsprogramms.“

Wegen der weiteren Regelungen des Interessenausgleichs wird auf die zur Akte gereichte Kopie verwiesen (Bl. 170 ff. d. A.).

Ebenfalls unter dem 06.02.2015 schlossen die U. Deutschland Holding AG sowie die U. Germany GmbH & Co OHG mit dem Konzernbetriebsrat einen Rahmensozialplan „Montreal“ ab (im Folgenden Rahmensozialplan).

In dem fünften Absatz der Präambel des Rahmensozialplans vereinbarten sie:

„Zum Ausgleich bzw. zur Milderung der möglichen sozialen und wirtschaftlichen Nachteile, welche aus künftigen Maßnahmen im Zusammenhang mit der Transformation entstehen können, schliessen die Vertragsparteien diesen Rahmensozialplan.“

Unter § 3 des Rahmensozialplans regelten sie:

„Abläufe und Regelungen zum Abfindungsprogramm sind in der **Anlage 2** geregelt, welche integraler Bestandteil dieser Vereinbarung ist. Dieser Prozess ist für die jeweilige Abbauwelle erneut anzuwenden.“

Wegen des weiteren Inhalts des Rahmensozialplans wird auf die zur Akte gereichte Kopie verwiesen (Bl. 36 ff. d. A.).

Die Anlage 2 zum Rahmensozialplan „Montreal“ enthält unter Ziff. 2 die Regelungen zum „Prozess Offenes Abfindungsprogramm“. Dort heißt es unter anderem:

„a. Das maximale Kontingent für die Möglichkeit der Beendigung aufgrund freiwilliger Meldung des Mitarbeiters wird im jeweiligen Interessenausgleich festgelegt.

Die Möglichkeit zur Teilnahme am Offenen Abfindungsprogramm besteht nur für Mitarbeiter aus Bereichen, welche insgesamt in der jeweiligen Restrukturierungsmaßnahme vom Abbau betroffen sind. Dieses wird zudem rechtzeitig per E-Mail an alle Mitarbeiter kommuniziert. Human Resources stellt sicher, dass auch Mitarbeiter in ruhenden Arbeitsverhältnissen und in Freistellung sowie arbeitsunfähige Mitarbeiter rechtzeitig über das Offene Abfindungsprogramm informiert werden.

- b. Alle Details bzgl. Verfügbarkeit der Kontingente inkl. Konditionen, individueller Abfindungsberechnung und Aufhebungsvertragsmuster sowie Muster für Teilnahme durch rechtsverbindliche Erklärung werden rechtzeitig im Intranet zur Verfügung gestellt, so dass sich alle Mitarbeiter umfassend informieren können. Die Konditionen für einen Aufhebungsvertrag im Offenen Abfindungsprogramm umfassen keine Speedprämie. Im Falle einer Beendigung durch Aufhebungsvertrag gilt als Austrittsdatum der Zeitpunkt, der sich unter Beachtung der vertraglichen, tarifvertraglichen oder betrieblichen Regelung oder der gesetzlich jeweils gültigen Kündigungsfrist ab dem letzten Tag der Annahmefrist für das Aufhebungsangebot errechnet.
  
- c. Es wird eine Externe Koordinationsstelle einvernehmlich zwischen dem Konzernbetriebsrat und U. außerhalb des Konzerns eingerichtet. Der Mitarbeiter sendet seine verbindliche Erklärung zur Teilnahme am Offenen Abfindungsprogramm in der bekannt gegebenen Form (per E-Mail mit angehängter unterschriebener Erklärung, Formblatt) an die bekannt gegebene Externe Koordinationsstelle. Hierfür wird eine gesonderte Kontaktadresse (E-Mail) genannt.

Die Externe Koordinationsstelle stellt eine vertrauliche Behandlung der Interessenten sicher, und wird die Information nicht an Human Resources und/oder Führungskräfte weitergeben.

Die Externe Koordinationsstelle hat insbesondere folgende Aufgaben:

1. Eingangserfassung nach Datum und Uhrzeit
2. Anlegen einer Eingangsliste q. Bereich
3. Abgleich mit der Mitarbeiterliste des jeweiligen Bereiches
4. Streichung der Kandidaten auf der Eingangsliste sowie Rückmeldung per E-Mail (Ablehnung) an diese, sofern sie auf der Mitarbeiterliste als „nicht anzusprechen“ aufgeführt sind gemäß Punkt 1a Abs. 6 des gesteuerten Abbauprogramms.

- d. Für den Fall, dass es mehr Interessenten als Plätze im Kontingent gibt, werden die zeitlich früheren Eingänge berücksichtigt. Die eingehenden verbindlichen Erklärungen werden entsprechend des Zeitpunkts ihres Eingangs bei der Externen Koordinationsstelle in eine Eingangsliste aufgenommen. Bei zeitgleichem Eingang mehrerer Angebote werden diese alle berücksichtigt.
- e. Im Falle, dass der Mitarbeiter auf der Anspracheliste steht, wird er nicht im Offenen Abfindungsprogramm weiterbehandelt, sondern im Prozess für das Gesteuerte Abfindungsprogramm und hat nach den Vereinbarungen für das Gesteuerte Abfindungsprogramm Anspruch auf die Speedprämie und wird im Kontingent des Gesteuerten Abfindungsprogramms gezählt.
- f. Ergibt die Prüfung durch die Externe Koordinationsstelle, dass der Mitarbeiter einen Aufhebungsvertrag erhält, informiert die Externe Koordinationsstelle Human Resources. Human Resources informiert den Mitarbeiter per E-Mail über das Angebot. Der Mitarbeiter erhält die Gelegenheit, seinen Vorgesetzten zu informieren. Der Mitarbeiter bekommt unverzüglich den Aufhebungsvertrag ausgehändigt und hat ab Übergabe 5 Werktage Zeit, diesen unterschrieben zurück zu geben, andernfalls erlischt das Angebot. Im Falle einer Postzustellung beginnt diese Frist ab Zustellung. Der Aufhebungsvertrag muss im Original bei der dafür im Intranet bekanntgegebenen Adresse abgegeben oder auf dem Postweg zugestellt werden.
- g. Im Falle, dass der Aufhebungsvertrag nicht fristgemäß zu Stande kommt, informiert Human Resources die Externe Koordinationsstelle, welche wiederum den nächsten Anspruchsberechtigten gemäß Liste gegenüber Human Resources benennt. Damit beginnt der Prozess für diesen Mitarbeiter ab der vorgenannten Information.
- h. Sobald das Kontingent für einen im jeweiligen Interessenausgleich definierten Bereich erfüllt ist, wird dieses Bereichskontingent geschlossen. Maßgeblich sind die rechtswirksam abgeschlossenen Aufhebungsvereinbarungen.“

Wegen des weiteren Inhalts der Anlage 2 zum Rahmensozialplan wird auf die zur Akte gereichte Kopie verwiesen (Bl. 70 ff. d. A.).

Im Rahmen der Abbauwelle in 2015 standen im Bereichskontingent IT des Klägers sieben Plätze für das Offene Abfindungsprogramm zur Verfügung.

Im Rahmen der Umsetzung des vereinbarten Vorgehens wurden Bedenken gegen die vorgesehene Meldung per Email erhoben. Diese entsprach nicht den gewünschten Anforderungen und konnte den gewünschten Grundsatz der Zuteilung der Kontingentplätze nach dem zeitlichen Eingang der Meldung nicht umsetzen. Um die genaue zeitliche Reihenfolge festzustellen, war ein Zeitstempel für jede Anmeldung erforderlich, mit dessen Hilfe der Zeitpunkt des Eingangs genau festzustellen ist. Dieses war durch eine Anmeldung per Email nicht zu realisieren, da Emails unterschiedliche, nicht planbare Laufzeiten aufweisen und keine garantierte Zustellung haben. Der Zeitstempel beim Eingang einer Email ist oft nur sekundengenau und nicht fälschungssicher.

Vor dem Hintergrund dieser Bedenken ist eine alternative technische Umsetzung des Anmeldeprozesses entwickelt worden. Nach dieser sollten die Meldungen über eine Website entgegengenommen werden, welche von der Externen Koordinationsstelle, der N. + Partner Management Beratung GmbH, betrieben wurde. Unter der hierfür eingerichteten Internetadresse <http://www.reg-q.de> erschien vor dem Startzeitpunkt des offenen Abfindungsprogramms eine nicht zugangsbeschränkte Seite, auf der die Funktionsweise der Anmeldung erklärt wurde. Zum Startzeitpunkt sollte der Informationstext automatisch durch ein Anmeldeformular ersetzt werden, welches auch ohne neues Laden der Seite auch bei den Nutzern erscheinen sollte, die die Seite bereits zuvor aufgerufen hatten. In dem Anmeldeformular sollten Vorname und Name, die Emailadresse, die Personalnummer sowie das Geburtsdatum des jeweiligen Arbeitnehmers eingegeben werden. Sodann sollte die Anmeldung durch Betätigen des Teilnahmebuttons durchgeführt werden. Die Eingangszeit der über die Seite erfolgten Anmeldungen sollte auf die Millisekunde genau festgehalten werden. Darüber hinaus sollte auf der Seite eine Uhr enthalten sein, die allen Nutzern, die die Seite geöffnet hatten, die identische Uhrzeit anzeigen sollte.

Der Konzernbetriebsrat formulierte eine Reihe von Fragen zur Umstellung des Meldeprozesses. Unter anderem fragte er, ob der Anmeldeprozess nicht die alters-, geschicklichkeits-, behinderungs-, oder technikallergiebedingt Langsamere benachteiligen würde, welche beim Mailprozess zeitversetzt automatisch gesendet hätten. Hierzu teilte die Beklagte mit, sie würde im Vorfeld bekannt geben,

welche Informationen zur Anmeldung nötig seien, sodass sich die Mitarbeiter entsprechend vorbereiten könnten. Wegen der weiter gestellten Fragen und der hierauf erteilten Antworten wird auf die zur Akte gereichte Zusammenstellung verwiesen (Bl. 197 f. d. A.).

Unter dem 20.03.2015 erhielt die Beklagte eine Email der Vorsitzenden des Konzernbetriebsrates, Frau J. C.. In dieser heißt es:

„Liebe Kollegen,

ich möchte Euch darüber informieren, dass der KBR in seiner gestrigen Sitzung der seitens der J.-AG Gruppe und Euch vereinbarten Korrektur der Kontingente sowie der geplanten IT Lösung für die Ansprache bzw. Meldung der Mitarbeiter für das offene LP Programm zugestimmt hat.

Wir wünschen viel Erfolg in der Umsetzung und bitten um die vorherige Abstimmung bzgl. der weiterfolgenden Mitarbeiterkommunikation- und Information sowie um die rechtzeitige Information des Go Live der externen Seite.

Beste Grüße

J.“

Wegen der weiteren Einzelheiten der Email wird auf den zur Akte gereichten Ausdruck verwiesen (Bl. 200 d. A.).

Zur technischen Umsetzung des Meldevorgangs buchte die Beklagte, bzw. der für sie tätige Dienstleister B. bei der Firma N. die führende Cloud Computing Lösung namens B.. Hierbei wurde das größte verfügbare Paket von sieben voneinander unabhängigen Webservern Instance S3 gebucht. Hierbei wurden seitens der Firma N. 735 Transaktionen q. Sekunde garantiert.

Bereits mit Email vom 18.03.2015 unterrichtete die Beklagte die Mitarbeiter darüber, dass der Anmeldezeitraum um 23.03.2015, 13:00 Uhr mittags beginne sowie welche Daten für die Anmeldung erforderlich seien. Wegen der Einzelheiten der Mitteilung wird auf den zur Akte gereichten Ausdruck verwiesen (Bl. 77 d. A.).

Nach der planmäßigen Freischaltung der Website am 23.03.2015 um 13:00 Uhr kam es zu signifikanten Zugriffsproblemen einzelner Mitarbeiter. Hierbei war ein

Programmierfehler zumindest mit ursächlich für die entstandenen Verzögerungen. Trotz der teilweise bestehenden Einwahlprobleme meldeten sich innerhalb der ersten Minute 21 Nutzer, innerhalb der zweiten Minute 96 Nutzer und innerhalb der dritten Minute nach 13:00 Uhr 115 Nutzer an.

Die Meldung des Klägers wurde mit dem Zeitstempel 13:07:38:767 registriert. Bei insgesamt 80 Mitarbeitern des Bereiches IT, die sich ebenfalls gemeldet hatten, wies die Meldung einen früheren Zeitstempel aus.

Die Beklagte schloss mit sieben Mitarbeitern des Bereichs IT Aufhebungsverträge im Rahmen des Offenen Abfindungsprogramms. Die Meldung des letzten noch berücksichtigten Mitarbeiters aus diesem Bereich wies einen Zeitstempel vom 13:01:09:70 aus.

Mit E-Mail vom 25.03.2015 (Bl. 79 d. A.) teilte die Externe Koordinationsstelle dem Kläger mit, dass seine Anmeldung für das offene Abfindungsprogramm nicht berücksichtigt werden könne, weil sie erst zu einer Zeit eingetroffen sei, als es keine freien Plätze mehr im zur Verfügung stehenden Kontingent gab.

Nach der individuellen Abfindungsberechnung gemäß Rahmensozialplan „Montreal“ ergibt sich für den Kläger bei Austritt zum 30.09.2015 ein Abfindungsbetrag in Höhe von 298.777,00 €.

Inzwischen ist das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst, wobei der Kläger nicht vorgetragen hat, zu welchem Zeitpunkt dies erfolgt ist, insbesondere ob das Arbeitsverhältnis zum 30.09.2015 bereits außer Vollzug gesetzt war.

Mit der am 24.06.2015 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 30.06.2015 zugestellten Klage hat der Kläger einen Anspruch auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages und Zahlung der Abfindung geltend gemacht. Hilfsweise hat er Schadensersatz verlangt.

Er hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe den rechtzeitigen Eingang seiner Meldung treuwidrig vereitelt, weshalb sie sich auf die zu späte Meldung nicht berufen dürfe. In dem von der Beklagten gewählten System sei der Zufall entscheidungserheblich, weil eine auf eine Millisekunde genaue Anmeldung nicht mehr im menschlichen Einflussbereich liege. Es wäre fairer gewesen, die Verteilung der Kontingentplätze als Lotterie zu deklarieren. Mitarbeiter mit älteren oder langsameren Tastaturen oder Rechnern sowie ältere und behinderte Mitarbeiter seien benachteiligt gewesen.

Er hat behauptet, er habe am 23.03.2015 genau um 13:00 Uhr versucht, sich auf der Website einzuwählen, was jedoch technisch nicht möglich gewesen sei. Um 13:04 Uhr habe er die Mitteilung erhalten: „The service is unavailable.“ Trotz weiterer Versuche habe er sich erst um 13:07 Uhr erfolgreich einwählen können.

Er hat bestritten, dass zum Zeitpunkt seiner Meldung um 13:07 Uhr das Kontingent bereits erschöpft gewesen sei. Er hat weiter bestritten, dass der Änderung der technischen Lösung gegenüber dem in Anlage 2 zum Rahmensozialplan vereinbarten Emailsysteem ein wirksamer Beschluss des Konzernbetriebsrates zugrunde gelegen habe. Zwar seien die Einwände gegen das Emailsysteem wohl fachlich zutreffend, er hat jedoch bestritten, dass dies den technischen Experten nachträglich klar geworden sei.

Die Beklagte habe darüber zumindest fahrlässig gehandelt, weil sie keinen hinreichenden Belastungstest durchgeführt habe. Die Versäumnisse der Koordinationsstelle müsse sie sich zurechnen lassen.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verpflichten, ihm gemäß den Vorgaben unter Ziff. 2 der Anlage 2 zum Rahmensozialplan „Montreal“ vom 06.02.2015 ein Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages zu unterbreiten, wonach das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zum 30.09.2015 sein Ende finden wird;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn gemäß Ziffer 2. b) der Anlage 2 zum Rahmensozialplan „Montreal“ vom 06.02.2015 eine Abfindung in Höhe von 298.777,00 € brutto zum 30.09.2015 zu zahlen.

Hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, an ihn zum 30.09.2015 Schadensersatz in Höhe von 298.777,00 € zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, die Einhaltung des Grundsatzes der Auswahl nach dem Zeitpunkt der Meldung sei auch dem Konzernbetriebsrat wichtig gewesen. Dieser sei

am 13.03.2015 darüber informiert worden, dass dieses Ziel mithilfe der Emailanmeldung nicht zu erreichen sei.

Mit Beschluss vom 19.03.2015 habe der Konzernbetriebsrat nach Unterrichtung über die technischen Details der geplanten Lösung den Beschluss gefasst, dieser zuzustimmen. Die Integration einer Uhr in die Website habe auf dem Wunsch des Konzernbetriebsrates beruht.

Sie hat weiter die Auffassung vertreten, ein Anspruch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz scheitere bereits daran, dass es keine Verteilungsentscheidung des Arbeitgebers gegeben habe. Eine Losentscheidung über die Arbeitnehmer, denen ein Aufhebungsvertragsangebot unterbreitet werden soll, sei zwar alternativ möglich gewesen, es fehle aber an einer Pflicht, einen Losentscheid durchzuführen.

Für einen Schadensersatzanspruch fehle es an einer Pflichtverletzung, auf jeden Fall aber an einem Verschulden ihrerseits. Die Funktionalität der Seite sei auf allen möglichen Zugriffswegen, interne und externe Computer, Tablets und Smartphones durch Mitarbeiter der U. getestet worden. Am 20.03.2015, dem letzten Werktag vor Beginn des Anmeldezeitraums, sei ein finaler Testdurchgang durchgeführt worden, bei welchem sich die Seite als voll funktionsfähig erwiesen habe. Ein absoluter Belastungstest des Systems unter Berücksichtigung sämtlicher denkbarer Situationen im tatsächlichen Betrieb der Server sei nicht möglich gewesen. Hierzu habe aber auch keine Veranlassung bestanden. Ein üblicher Belastungstest hätte das im Nachhinein festgestellte Problem zudem nicht zutage gefördert.

Zu Problemen bei dem Betrieb der Website am 23.03.2015 sei es mutmaßlich gekommen, weil viele der Nutzer den „neu laden“ Button betätigt hätten, was erneut eine hohe Zahl von Anfragen an Server zur Folge gehabt habe. Zusätzlich sei an jeden Nutzer alle zehn Sekunden die aktuelle Uhrzeit übermittelt worden, was eine zusätzliche Auslastung des Servers mit sich gebracht habe. So sei eine „Bugwelle“ von Anfragen entstanden, die der Server nicht unverzüglich habe abarbeiten können. Gleichwohl sei sehr vielen Nutzern der Zugriff auf die Seite und die Anmeldung gelungen, sodass das Gesamtkontingent von 100 Stellen sehr schnell erschöpft gewesen sei.

Im Nachhinein sei festgestellt worden, dass bezüglich der Systemuhr ein minimaler Programmierfehler vorgelegen habe, der zu einer zusätzlichen Last für den Server geführt habe. Dies sei im Vorfeld trotz „Bugfixing“ nicht aufgefallen und habe sich auch im Funktionstest vom 20.03.2015 nicht gezeigt.

Die Beklagte hat bestritten, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Anmeldeversuche über einen störungsfreien Internetzugang verfügt habe.

Jedenfalls müsste sich der Kläger denjenigen Vorteil anrechnen lassen, der darin besteht, dass er ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis habe. Dies seien die bis zum Renteneintritt, jedenfalls aber bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist von drei Monaten gezahlten Gehälter.

Mit Urteil vom 05.10.2015 hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen. Ein Anspruch des Klägers auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages ergäbe sich nicht aus der Anlage 2 zum Rahmensozialplan „Montreal“ vom 06.02.2015. Bei Eingang der Meldung des Klägers sei das Kontingent der in seinem Bereich anzubietenden Aufhebungsvereinbarungen bereits erschöpft gewesen.

Der Kläger sei auch nicht entsprechend § 162 BGB oder nach den Grundsätzen der Zugangsvereitelung so zu stellen, als sei seine Meldung rechtzeitig eingegangen. Es könne dahinstehen, ob die Beklagte treuwidrig gehandelt habe, indem sie ein technisch fehlerhaftes Einwahlsystem zur Verfügung gestellt habe. Jedenfalls sei nicht feststellbar, dass bei einem anderen Verhalten der Beklagten die Meldung des Klägers als eine der ersten sieben eingegangen wäre. Selbst wenn dieser nach seiner Wahrnehmung um „Punkt 13:00 Uhr“ seine Meldung abgegeben hätte, hätte dies aufgrund der gewählten technischen Auswahlmodalitäten, die eine zeitlich genaue Abgrenzung in jedem Einzelfall ermöglichten, nicht zwangsläufig verhindert, dass andere Bewerber schneller gewesen wären.

Auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergäbe sich kein Anspruch des Klägers. Es fehle bereits an einer von der Beklagten gesteuerten Vorteilsgewährung an einzelne Mitarbeiter.

Da nicht feststehe, dass der Kläger bei fehlerfrei funktionierender Einwahl ein Angebot zum Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung erhalten hätte, bestehe auch kein Schadensersatzanspruch, weder gerichtet auf den Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung noch gerichtet auf Zahlung der entgangenen Abfindung.

Gegen das ihm am 28.10.2015 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 25.11.2015 Berufung eingelegt und diese, nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 11.01.2016, am 06.01.2016 begründet.

Nachdem die Beklagte die Einwahlzeiten der ersten 80 Mitarbeiter aus dem Bereich IT mitgeteilt hat, behauptet der Kläger, er hätte bei funktionierender Website seine Anmeldung vor dem langsamsten noch berücksichtigten Mitarbeiter, also vor 13:01:09:70 Uhr machen können. Sein eigener Einwahlprozess hätte allenfalls 30 Sekunden gedauert. Die schnellsten Bewerber hätten ebenfalls nur 43,82 bzw. 43,83 Sekunden gebraucht.

Er behauptet, diejenigen sieben Arbeitnehmer, deren Anmeldungen als erste registriert wurden, seien von den Zugriffsproblemen nicht betroffen gewesen. Ohne die technischen Probleme wären andere Arbeitnehmer allenfalls genauso schnell gewesen wie er selbst.

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts müsse er nicht darlegen, dass er sich als einer der ersten sieben Mitarbeiter seines Bereichs hätte registrieren können.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 05.10.2015, Aktenzeichen 4 Ca 3698/15, abzuändern und

1. die Beklagte zu verpflichten, ihm gemäß den Vorgaben unter Ziff. 2 der Anlage 2 zum Rahmensozialplan „Montreal“ vom 06.02.2015 ein Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages zu unterbreiten, wonach das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zum 30.09.2015 sein Ende finden wird;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn gemäß Ziffer 2. b) der Anlage 2 zum Rahmensozialplan „Montreal“ in Verbindung mit den Regelungen unter § 4 des Rahmensozialplans „Montreal“ vom 06.02.2015 eine Abfindung in Höhe von 298.777,00 € brutto zum 30.09.2015 zu zahlen.

Hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, an ihn zum 30.09.2015 Schadensersatz in Höhe von 298.777,00 € zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und behauptet, auch nach dem Zeitpunkt der letzten Meldung innerhalb des Kontingents um 13:01:09:603 Uhr seien 63 Meldungen vor derjenigen des Klägers zu berücksichtigen gewesen. Es sei offen, ob sich der Kläger bei ordnungsgemäß funktionierendem System als einer der ersten sieben Arbeitnehmer seines Bereiches hätte anmelden können. Auch die Kollegen des Klägers wären ohne die technische Störung deutlich schneller gewesen.

Sie ist der Auffassung, alle Mitarbeiter hätten die gleiche Chance gehabt, da die eventuellen Störungen rein zufällig gewirkt hätten.

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

#### **I.**

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet.

Die Berufung ist statthaft. Der Kläger hat sie frist- und formgerecht eingelegt und begründet.

#### **II.**

Die Berufung ist unbegründet. Die Klage ist zwar zulässig, jedoch nicht begründet.

**A.** Die Klage ist zulässig.

**1.)** Mit dem Antrag zu 1. begehrt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe einer Willenserklärung im Sinne des § 894 ZPO. Gemäß § 894 Satz 1 ZPO gilt die Willenserklärung mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben.

**2.)** Der Antrag zu 1. ist auch hinreichend bestimmt.

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Die Klagepartei muss eindeutig festlegen, welche Entscheidung sie begehrt. Dazu hat sie den Streitgegenstand so genau zu bezeichnen, dass der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) keinem Zweifel unterliegt und die eigentliche Streitfrage mit Rechtskraftwirkung zwischen den Parteien entschieden werden kann (§ 322 ZPO). Sowohl bei einer der Klage stattgebenden als auch bei einer sie abweisenden Sachentscheidung muss zuverlässig feststellbar sein, worüber das Gericht entschieden hat (BAG, Urteil vom 07.07.2015 – 10 AZR 416/14 –, Rn. 12, juris; BAG, Urteil vom 18.09.2014 –

8 AZR 757/13 –, Rn. 17, juris; BAG Urteil vom 12.12.2012 - 4 AZR 328/11 -, Rn. 13, juris; BAG Urteil vom 26.07.2012 - 6 AZR 221/11 -, Rn. 24; juris).

Der Kläger hat im Klageantrag das von ihm gewünschte Beendigungsdatum des Arbeitsverhältnisses, den 30.09.2015 angegeben. Die übrigen Konditionen der Aufhebungsvereinbarung sind zwischen den Parteien nicht streitig.

**3.)** Der Zulässigkeit steht auch nicht entgegen, dass die Verurteilung zur Abgabe eines auf eine rückwirkende Aufhebung des Arbeitsverhältnisses erfolgen soll. Die Frage, ob eine rückwirkende Beendigung des Arbeitsverhältnisses verlangt werden kann, stellt eine Frage der Begründetheit dar (BAG, Urteil vom 17.12.2009 – 6 AZR 242/09 –, Rn. 19, juris).

**B.** Die Klage ist jedoch unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch darauf, dass ihm die Beklagte ein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages unterbreitet.

**1.)** Hierbei kann dahinstehen, ob der Kläger die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zu dem von ihm gewünschten Zeitpunkt, dem 30.09.2015, verlangen kann, oder ob diesem Verlangen die Tatsache entgegensteht, dass sich das Arbeitsverhältnis der Parteien zu diesem Zeitpunkt noch im Vollzug befand.

Ein auf die Annahme eines Vertragsangebots gerichteter Klageantrag ist nicht schon dann unbegründet, wenn die rückwirkende Änderung des Arbeitsverhältnisses verlangt wird. Seit Inkrafttreten des § 311a BGB i. d. F. des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) kommt auch eine Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung in Betracht, mit der ein Vertragsangebot angenommen werden soll, das auf eine Änderung eines Vertrags zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt gerichtet ist (BAG, Urteil vom 17.12.2009 – 6 AZR 242/09 –, Rn. 19, juris; BAG Urteil vom 15.09.2009 - 9 AZR 608/08 -, Rn. 15, juris; BAG Urteil vom 16.12.2008 - 9 AZR 893/07 -, Rn. 21 f., juris).

Der Kläger begehrt mit seiner Klage nicht die Änderung des Arbeitsvertrags, sondern die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses. Die Arbeitsvertragsparteien können ihr Arbeitsverhältnis zwar auch zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt auflösen. Dies ist jedoch nur dann zulässig, wenn das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt bereits außer Vollzug gesetzt war (BAG, Urteil vom 17.12.2009 – 6 AZR 242/09 –, Rn. 19, juris; BAG Urteil vom 10.12.1998 - 8 AZR 324/97 -, Rn. 70, juris ; ErfK/Müller-Glöße 16. Aufl. § 620 BGB Rn. 10).

Zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung war das Arbeitsverhältnis der Parteien bereits aufgelöst, der Kläger aus den Diensten der Beklagten ausgeschieden. Ob dies bereits zum 30.09.2015 der Fall war, kann dahinstehen.

**2.)** Dem Kläger steht ein Anspruch auf Abgabe der begehrten Willenserklärung auch dann nicht zu, wenn das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 30.09.2015 bereits außer Vollzug gesetzt war.

**a.)** Ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Abgabe eines Angebots zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages ergibt sich nicht aus dem Rahmensozialplan in Verbindung mit der Anlage 2.

Nach der Regelung unter Ziff. 2 d.) der Anlage 2 werden für den Fall, dass es mehr Interessenten als Plätze im Kontingent gibt, die zeitlich früheren Eingänge berücksichtigt. Nach Ziff. 2 h.) wird das Bereichskontingent geschlossen, sobald das Kontingent im jeweiligen Bereich erfüllt ist.

In dem Bereich IT, dem der Kläger angehörte, umfasste das Kontingent sieben Plätze.

**aa)** Der Kläger hat sich nicht als einer der ersten sieben berechtigten Mitarbeiter aus dem Bereich IT gemeldet.

Es hätte ihm obliegen, die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen gemäß der Anlage 2 zum Rahmensozialplan vorzutragen.

Insoweit gilt die allgemeine prozessuale Regel, wonach grundsätzlich der Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für die rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale trägt, während der Anspruchsgegner die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale darlegen und ggf. beweisen muss (BAG, Urteil vom 19.08.2010 – 8 AZR 530/09 –, Rn. 38, juris; BGH, Urteil vom 14.01.1991 – II ZR 190/89 –, BGHZ 113, 222 - 227, Rn. 16; BAG, Urteil vom 20.04.2010 – 3 AZR 553/08 –, Rn. 37, juris).

Bei der Meldung als einer der ersten sieben Mitarbeiter seines Bereichs handelt es sich um eine rechtsbegründende Tatsache. Aus den Regelungen des Rahmeninteressenausgleichs und des Rahmensozialplans geht hervor, dass die Zahl der von der Beklagten anzubietenden Aufhebungsvereinbarungen für die im Jahr 2015 durchzuführende Abbauwelle sowohl insgesamt auf 100 FTE als auch

für den Bereich IT auf 7 FTE begrenzt ist. Nur wenn der Arbeitnehmer sich innerhalb dieses Kontingents bewegt, kann er einen Anspruch geltend machen. Ein darüber hinausgehender Anspruch ergibt sich aus den Regelungen nicht.

Der Kläger hat nicht dargelegt und bewiesen, dass er sich als einer der ersten sieben Mitarbeiter aus dem Bereich IT registriert hat. Er hat lediglich erstinstanzlich bestritten, dass das für diesen Bereich festgelegte Kontingent von sieben Angeboten zu dem Zeitpunkt, zu dem seine Meldung auf dem Server eingegangen ist, bereits erschöpft war. Damit hat er die Voraussetzungen seines Anspruchs nicht positiv dargelegt.

Die Beklagte hat es insoweit auch nicht versäumt, ihrer sekundären Darlegungslast nachzukommen.

Hat die darlegungspflichtige Partei alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft und kann sie ihrer primären Darlegungslast dennoch nicht nachkommen, weil sie außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs stand, während der Gegner alle wesentlichen Tatsachen kennt und ihm nähere Angaben zuzumuten sind, kann vom Prozessgegner nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungs- bzw. Behauptungslast das substantiierte Bestreiten einer durch die darlegungspflichtige Partei behaupteten Tatsache unter Darlegung der für das Gegenteil sprechenden Tatsachen und Umstände und damit der Vortrag positiver Gegenangaben verlangt werden (BAG, Urteil vom 18.09.2014 – 6 AZR 145/13 –, Rn. 29, juris; vgl. BAG, Urteil vom 06.10.2011 - 6 AZR 172/10 -, Rn. 35, juris; BAG, Urteil vom 25.02.2010 - 6 AZR 911/08 -, Rn. 53, juris; BGH, Urteil vom 17.02.2004 – X ZR 108/02 –, Rn. 16, juris). Erklärt sie sich, richtet sich der Umfang der Darlegungslast nach der Einlassung des Gegners (BAG, Urteil vom 18.09.2014 – 6 AZR 145/13 –, Rn. 29, juris; BAG Urteil vom 14.02.2007 - 10 AZR 63/06 -, Rn. 23, juris).

Selbst wenn zu Gunsten des Klägers unterstellt wird, dass die Beklagte insoweit eine sekundäre Darlegungslast trifft, ist sie dieser nachgekommen. Die Beklagte hat die Zeitstempel aller vor der Meldung des Klägers eingegangenen Meldungen aus dem Bereich IT vorgetragen.

Jedenfalls im Hinblick auf den substantiierten Vortrag der Beklagten zu den einzelnen Meldungen einschließlich der Zeitpunkte ihres Eingangs auf dem Server, hätte sich der Kläger weiter dazu einlassen müssen, wie viele und welche der von der Beklagten vorgetragenen Meldungen seiner Auffassung nach nicht, oder nicht zu den angegebenen Zeitpunkten erfolgt sein sollen.

Nachdem die Beklagte die Aufstellung der einzelnen Anmeldungen nebst zugehörigen Zeitpunkten der Einwahl dargestellt hatte, ist der Kläger dieser Darstellung jedoch überhaupt nicht mehr entgegengetreten. Er hat sich vielmehr selbst auf die von der Beklagten vorgetragenen Einwahlzeiten berufen. Er behauptet, die festgestellten Einwahlzeiten der schnellsten Mitarbeiter von 43,82 bzw. 43,83 Sekunden würden seinen Vortrag, ihm sei eine Registrierung innerhalb von 30 Sekunden möglich, stützen. Diese Registrierungszeit hätte nach seiner Darstellung ausgereicht, um sich vor dem als letzten erfolgreichen Mitarbeiter D.E. erfolgreich für das Offene Abfindungsprogramm anmelden zu können.

**bb)** Die Meldung des Klägers ist auch nicht als rechtzeitig eingegangen, bzw. die rechtzeitige Meldung nicht als erfolgt anzusehen.

**(1)** Hierbei kann dahinstehen, ob auf die Meldung gemäß Ziff. 2 c.) der Anlage 2 zum Rahmensozialplan die Regelungen über den Zugang von Willenserklärungen Anwendung finden.

Zweifel hieran ergeben sich daraus, dass die Meldung zum Offenen Abfindungsprogramm im Rahmensozialplan zwar als verbindliche Erklärung bezeichnet ist, sie selbst aber noch kein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages darstellt. Gemäß Ziff. 2 f.) der Anlage 2 zum Rahmensozialplan wird auf die Meldung hin zunächst ein schriftliches Angebot des Arbeitgebers abgegeben, welches der Arbeitnehmer dann, auch in der gesetzlich vorgeschriebenen Form, annehmen kann. Tut er dies nicht, erlischt das Angebot, ohne dass sich aus seiner verbindlichen Meldung gemäß Ziff. 2 c.) der Anlage 2 zum Rahmensozialplan Rechtsfolgen ergäben.

**(a)** Soweit die Meldung eine Willenserklärung darstellt, wäre der Zugang dieser bei der Beklagten nur dann als rechtzeitig zugegangen zu unterstellen, wenn die Beklagte die rechtzeitige Meldung des Klägers treuwidrig vereitelt hätte.

Verhindert der Empfänger durch eigenes Verhalten den Zugang einer Willenserklärung, muss er sich so behandeln lassen, als sei ihm die Erklärung bereits zum Zeitpunkt des Übermittlungsversuchs zugegangen. Nach Treu und Glauben ist es ihm dann verwehrt, sich auf den späteren tatsächlichen Zugang zu berufen, wenn er selbst für die Verspätung die alleinige Ursache gesetzt hat (BAG, Versäumnisurteil vom 26.03.2015 – 2 AZR 483/14 –, Rn. 21, juris; BAG, Urteil vom 07.11.2002 – 2 AZR 475/01 –, Rn. 38, juris; BAG Urteil vom 18.02.1977 – 2 AZR 770/75 –, Rn. 24, juris). Sein Verhalten muss sich hierbei als Verstoß gegen be-

stehende Pflichten zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme darstellen (BAG, Versäumnisurteil vom 26.03.2015 – 2 AZR 483/14 –, Rn. 21, juris; BAG Urteil vom 22.09.2005 – 2 AZR 366/04 –, Rn. 15, juris).

Wer aufgrund bestehender oder angebahnter vertraglicher Beziehungen mit dem Zugang rechtserheblicher Erklärungen zu rechnen hat, muss geeignete Vorkehrungen treffen, dass ihn derartige Erklärungen auch erreichen (BAG, Urteil vom 22.09.2005 – 2 AZR 366/04 –, Rn. 15, juris; BGH Urteil vom 26.11.1997 – VIII ZR 22/97 –, Rn. 16, juris). Hierbei kommt es darauf an, welches Verhalten vom Empfänger der Erklärung nach den Umständen des Falles verlangt werden kann (vgl. BAG, Urteil vom 07.11.2002 – 2 AZR 475/01 –, Rn. 41, juris). Voraussetzung dafür, dass der Adressat eine Erklärung als früher zugegangen gegen sich gelten lassen muss, ist es darüber hinaus, dass der Erklärende seinerseits alles Zumutbare dafür getan hat, dass seine Erklärung den Adressaten erreicht (BAG, Versäumnisurteil vom 26.03.2015 – 2 AZR 483/14 –, Rn. 21, juris; BAG, Urteil vom 22.09.2005 – 2 AZR 366/04 –, Rn. 15, juris).

Die Rechtsgrundlage der Zugangsfiktion wird hierbei in den Geboten von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB gesehen (BGH, Urteil vom 26.11.1997 – VIII ZR 22/97 –, Rn. 15 f, juris; BAG, Urteil vom 07.11.2002 – 2 AZR 475/01 –, Rn. 38, juris; BAG, Urteil vom 22.09.2005 – 2 AZR 366/04 –, Rn. 14, juris; vgl. zum Meinungsstand Staudinger/Reinhard Singer (2012) BGB § 130, Rn. 84).

**(b)** Auch soweit die Regeln zur Vereitelung des Zugangs einer Willenserklärung keine Anwendung fänden, würde treuwidriges Verhalten der Beklagten gegebenenfalls dazu führen, dass sich diese so behandeln lassen müsste, als habe sich der Kläger rechtzeitig gemeldet.

Gemäß § 162 Abs. 1 BGB gilt eine Bedingung als eingetreten, wenn ihr Eintritt von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird.

Wann die Vereitelung des Bedingungseintritts treuwidrig ist, lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern nur im Einzelfall beurteilen. Maßgeblich ist auch insoweit, welches Verhalten von einem loyalen Vertragspartner erwartet werden konnte (BGH, Urteil vom 28.10.2009 – IV ZR 140/08 –, Rn. 21, juris; BGH, Urteil vom 21.03.1984 – VIII ZR 286/82 –, Rn. 15, juris). Hierzu ist das Verhalten der den Bedingungseintritt beeinflussenden Vertragspartei umfassend nach Anlass, Zweck und Beweggrund unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere des Inhalts des Rechtsgeschäfts zu würdigen (BAG, Urteil vom 23.09.2014 – 9 AZR 827/12 –, Rn. 32, juris; BGH, Urteil vom 28.10.2009 – IV ZR

140/08 –, Rn. 21, juris; Staudinger/Reinhard Bork (2015) BGB § 162, Rn. 7; MüKoBGB/Westermann BGB § 162, Rn. 9).

Nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten führt stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung der hierdurch erlangten Rechtsstellung. Eine treuwidrige Vereitelung des Bedingungseintritts kann vorliegen, wenn das treuwidrige Verhalten darauf gerichtet war, die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsausübung zu schaffen (BGH, Urteil vom 28.10.2009 – IV ZR 140/08 –, Rn. 21, juris). Subjektive Beweggründe sind im Rahmen der Gesamtwürdigung aller Umstände zu berücksichtigen, können aber allein nicht den Ausschlag geben (Staudinger/Reinhard Bork (2015) BGB § 162, Rn. 7). Lässt sich ein zielgerichtet treuwidriges Verhalten nicht feststellen, so muss durch eine umfassende Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls entschieden werden, ob und inwieweit einem Beteiligten die Ausübung einer Rechtsposition nach Treu und Glauben verwehrt sein soll (BGH, Urteil vom 28.10.2009 – IV ZR 140/08 –, Rn. 21, juris; Staudinger/Dirk Olzen/Dirk Looschelders (2015) BGB § 242, Rn. 222). Ein Verschulden im technischen Sinn ist zwar keine Voraussetzung für eine Treuwidrigkeit, jedoch bei der Gesamtabwägung zu bewerten (BAG, Urteil vom 23.09.2014 – 9 AZR 827/12 –, Rn. 32, juris; Staudinger/Reinhard Bork (2015) BGB § 162, Rn. 9). Maßgebend zu berücksichtigen sind weiter die vertragliche Risikoordnung sowie die Grundrechte als Ausdruck der objektiven Werteordnung (BAG, Urteil vom 23.09.2014 – 9 AZR 827/12 –, Rn. 32, juris).

**(c)** Die Voraussetzungen der Vereitelung des Zugangs einer Willenserklärung muss der Erklärende darlegen und beweisen, der die Rechtsfolge der Fiktion eines rechtzeitigen Zugangs für sich in Anspruch nehmen will (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 17.02.2014 – 3 Sa 426/13 –, Rn. 29, juris; LAG N., Urteil vom 15.12.2004 – 10 Sa 246/04 –, Rn. 47, juris).

**(d)** Ebenso muss derjenige, der aus der Fiktion des § 162 BGB Rechte herleiten will, das treuwidrige Verhalten darlegen und beweisen (BGH, Urteil vom 16.09.2005 – V ZR 244/04 –, Rn. 22, juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.10.1996 – 22 U 49/96 –, Rn. 27, juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.07.1995 – 4 U 269/94 –, Rn. 5, juris; Staudinger/Reinhard Bork (2015) BGB § 162, Rn. 20).

**(2)** Der Kläger hat die Voraussetzungen einer treuwidrigen Vereitelung des rechtzeitigen Eingangs seiner Meldung für das Offene Abfindungsprogramm der Beklagten nicht dargelegt. Nach Auffassung der Kammer sind Umstände, aus

denen sich eine Verletzung einer Sorgfalts- oder Rücksichtnahmepflicht durch die Beklagte ergeben würde, nicht vorgetragen.

**(a)** Eine solche Pflichtverletzung folgt nicht bereits aus dem Umstand, dass die Beklagte für die Auswahl derjenigen Arbeitnehmer, denen ein Aufhebungsvertragsangebot unterbreitet wird, auf die zeitliche Priorität des Eingangs der Meldung abgestellt hat. Der Kläger konnte von der Beklagten nicht ein anderes Vorgehen verlangen.

**(aa)** Die Beklagte war nicht gemäß § 242 BGB verpflichtet, ein bestimmtes Verteilungssystem im Hinblick auf die Unterbreitung von Aufhebungsangeboten einzurichten. Nach dieser Vorschrift ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Das Angebot eines Aufhebungsvertrages an den Kläger stellt keine Leistung der Beklagten in diesem Sinne dar. Sie war weder arbeitsvertraglich noch gesetzlich oder aufgrund des Rahmensozialplans verpflichtet, dem Kläger den Abschluss eines Aufhebungsvertrages anzubieten.

Der individualrechtlich ausgestaltete Kündigungsschutz erlaubt es den Arbeitgebern und Arbeitnehmern, einzelvertragliche Abmachungen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu schließen. Diese Vereinbarungen sind nicht mit Sozialplanleistungen zu vergleichen. Die Abfindungszahlung des Arbeitgebers ist vielmehr eine freiwillige Leistung, zu der er ohne sein Einverständnis nicht gezwungen wird und die der Arbeitnehmer auch deshalb nicht verlangen könnte. Hierüber entscheiden die Parteien des Arbeitsvertrages völlig frei (BAG, Urteil vom 01.06.1988 – 5 AZR 371/87 –, Rn. 22, juris; BAG, Urteil vom 20.12.1983 – 1 AZR 442/82 –, BAGE 44, 364 - 370, Rn. 14).

Auch der Rahmensozialplan enthält keine Verpflichtung der Beklagten, bestimmten Arbeitnehmern den Abschluss eines Aufhebungsvertrages anzubieten. Ein Anspruch einzelner Arbeitnehmer auf Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung lässt sich dem Rahmensozialplan nicht entnehmen. Die Regelungen erschöpfen sich vielmehr darin, ein bestimmtes Verfahren festzulegen, nach dem diejenigen Arbeitnehmer ermittelt werden, denen ein solches Angebot gemacht werden soll. Der Rahmensozialplan gewährleistet lediglich das Recht, an dem Auswahlverfahren teilzunehmen.

**(bb)** Die Treuwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten ergibt sich auch nicht aus dem von der Beklagten gewählten Verfahren für die Auswahl derjenigen Arbeitnehmer, mit denen ein Aufhebungsvertrag geschlossen werden soll. Die Festlegung des Prioritätsprinzips ist nicht an sich bereits treuwidrig.

Die Festlegung des Prioritätsprinzips im Falle der Gewährung einer Leistung, auf die ein Rechtsanspruch nicht besteht, bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Vielmehr stellt dieses Prinzip dasjenige System dar, welches ohne weiteres zur Anwendung kommt, wenn im Falle einer das Angebot übersteigenden Nachfrage ein besonderes Zuteilungssystem nicht festgelegt wird. Besteht aus Sicht der Beklagten nur die Möglichkeit oder das Interesse, eine feststehende Anzahl von Aufhebungsvereinbarungen zu schließen, so führt dies mangels eines anderen Systems dazu, dass diejenigen, die als erste das Angebot in Anspruch nehmen, zum Zuge kommen, während für diejenigen, die sich erst nach Ausschöpfung des Kontingents melden, keine Möglichkeit des Abschlusses einer solchen Vereinbarung mehr besteht.

Das Prioritätsprinzip ist auch im vorliegenden Fall nicht willkürlich.

Die Bedenken, denen das sogenannte „Windhundprinzip“ in der Rechtsprechung begegnet, sind in dem hier zu entscheidenden Fall nicht einschlägig.

Insbesondere in dem Verhältnis von Grundrechtsträgern und Grundrechtsverpflichteten begegnet die Anwendung dieses Prinzips teilweise Bedenken, teilweise wird sie hingegen für zulässig gehalten.

So genügt die Auswahl nach diesem Prinzip zum Beispiel nicht den Anforderungen an die Auswahl von Bewerbern um eine kassenärztliche Zulassung (BSG, Urteil vom 19.10.2011 – B 6 KA 20/11 R –, Rn. 20, juris; BSG, Urteil vom 23.02.2005 – B 6 KA 81/03 R –, Rn. 32, juris).

Im Bereich des Subventionsrechts (Verwaltungsgericht des Saarlandes, Urteil vom 21.12.2011 – 1 K 200/10 –, Rn. 45, juris; VG Frankfurt, Urteil vom 25.05.2000 – 1 E 1398/97 –, Rn. 30, juris) oder im Baurecht (OVG Lüneburg, Urteil vom 26.09.1991 – 1 L 74/91, 1 L 75/91 –, Rn. 82 ff, juris mwN) ist die Anwendung des Prinzips hingegen zulässig.

Soweit in der Rechtsprechung Bedenken erhoben werden, gründen diese darin, dass durch die Anwendung des „Windhundprinzips“ gegebenenfalls unter Missachtung des aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG und dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG resultierenden Willkürverbots in

grundrechtliche geschützte Positionen der nicht begünstigten Bewerber eingegriffen wird (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 26.09.1991 - 1 L 74/91, 1 L 75/91 -, Rn. 82, juris mwN).

Im vorliegenden Fall ergeben sich keine Bedenken gegen die Anwendung des Prioritätsprinzips. Auf Seiten des Klägers stehen weder grundrechtlich noch sonstige, rechtlich geschützte Positionen im Raum. Der Kläger ist nicht in seiner gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Berufsfreiheit betroffen.

Die verweigerte Teilnahme an dem Abfindungsprogramm bedeutet keine längere oder weitergehende Bindung des Klägers an die Beklagte.

Unter Umständen können sich arbeitsvertragliche Regelungen als eine übermäßige Beeinträchtigung des Grundrechts des Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz frei zu wählen (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG), erweisen (BAG, Urteil vom 25.04.2001 – 5 AZR 509/99 –, Rn. 49, juris). Eine unzulässige Kündigungserschwerung kann auch darin liegen, dass dem Arbeitnehmer im Falle einer früheren Beendigung des Arbeitsverhältnisses Verdiensteinbußen drohen (vgl. BAG, Urteil vom 20.08.1996 – 9 AZR 471/95 –, Rn. 19, juris).

Solche Erschwerungen des Ausscheidens sind hier nicht gegeben. Es bleibt dem Kläger freigestellt, das Arbeitsverhältnis einseitig durch Kündigung zu beenden. Auch bezüglich des Zeitpunktes des Ausscheidens ergibt sich für ihn durch die Nichtteilnahme an dem Offenen Abfindungsprogramm kein Nachteil. Gemäß Ziff. 2 b.) der Anlage 2 zum Rahmensozialplan ist auch im Falle des Ausscheidens im Rahmen des Programms der Zeitpunkt maßgebend, der sich unter Beachtung der vertraglichen, tarifvertraglichen oder betrieblichen Regelung oder der gesetzlich jeweils gültigen Kündigungsfrist ab dem letzten Tag der Annahmefrist für das Aufhebungsangebot errechnet.

Lediglich das Interesse des Klägers, den Abfindungsbetrag zu erlangen, ist in diesem Fall nicht verwirklicht. Hierbei geht es jedoch nicht um den Verlust eines bereits erdienten Anspruchs, sondern lediglich um die Nichtverwirklichung einer günstigen Geschäftsaussicht. Dieses Interesse des Klägers unterfällt nicht dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG.

Das Interesse des Klägers, aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten gegen Zahlung einer Abfindung auszuschcheiden, ist auch sonst nicht gesetzlich geschützt. Vielmehr richtet sich der Schutz der Rechte des Arbeitnehmers in aller Regel auf den Schutz des Bestandes des Arbeitsverhältnisses.

**(b)** Die Treuwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten ergibt sich entgegen der Auffassung des Klägers auch nicht daraus, dass die Beklagte über die Auswahl der Arbeitnehmer nicht in einem Losverfahren entschieden hat. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, unter mehreren am Ausscheiden interessierten Arbeitnehmern dasjenige Auswahlssystem zu wählen, welches die größtmögliche Chancengleichheit im Sinne einer Losentscheidung garantiert.

Wie bereits dargestellt, sind die Arbeitsvertragsparteien grundsätzlich frei darin, einen Aufhebungsvertrag abzuschließen. Es obliegt daher der freien Entscheidung des Arbeitgebers, ob und wem er ein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages unterbreitet, soweit er bei der Auswahl des anzusprechenden Arbeitnehmers nicht unzulässige Differenzierungskriterien, wie zum Beispiel die nach § 1 AGG verpönten Merkmale zum Maßstab nimmt oder er aus anderen Gründen eine unzulässige und damit treuwidrige Auswahlentscheidung trifft (vgl. Meyer/Röger, NZA-RR 2011, 393, 395).

Eine weitergehende Bindung des Arbeitgebers ergibt sich auch nicht dann, wenn er die Auswahl der Arbeitnehmer, denen ein Aufhebungsvertrag anzubieten ist, nicht selbst trifft, sondern insoweit ein Vorgehen mit dem Betriebsrat vereinbart.

Die Beklagte hat sich bezüglich des Verfahrens der Auswahl der Arbeitnehmer, mit denen sie Aufhebungsverträge abschließt, lediglich durch die Regelungen des Rahmensozialplans einschließlich der Anlage 2 hierzu gebunden. Hierbei sind zufällige Elemente auch im Rahmen der Auswahl nach der Priorität der Meldung enthalten. Dies kann je nach der gewählten Verfahrensart der Meldung mehr oder weniger der Fall sein. Geht es um eine persönliche Meldung, können Verkehrshindernisse oder eine Erkrankung des Arbeitnehmers Einfluss darauf haben, zu welchem Zeitpunkt er sich melden kann. Ist wie hier eine technische Möglichkeit der Meldung über das Internet vorgesehen, können unabhängig von der Funktionsweise des vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Systems zahlreiche, von dem meldewilligen Arbeitnehmer nicht zu beeinflussende Faktoren den Zeitpunkt seiner Meldung beeinflussen. So kann das Gerät, mit dessen Hilfe er sich einwählen will, eine Störung aufweisen. Ebenso kann die Internetverbindung an dem Ort, von dem aus er sich einwählen will, gestört sein. Diese Umstände, da sie bei allen meldewilligen Arbeitnehmern vorhanden sein können, führen dazu, dass die Reihenfolge des Eingangs der Meldungen auch vom Zufall abhängig ist. Dies gilt umso mehr, als eine millisekundengenaue Anmeldung nach menschlichen Maßstäben kaum beeinflussbar ist. Soweit eine Anzahl von Mitarbeitern mit annähernd gleichen Voraussetzungen versucht, die Anmeldung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu tätigen, ist das Ergebnis kaum vorhersehbar und nähert sich daher einer zufälligen Auswahl an. Es ist indes nicht

ersichtlich, dass eine Verpflichtung des Arbeitgebers bestünde, soweit zufällige Elemente für das Ergebnis des Auswahlverfahrens mit ursächlich sein können, diesen absoluten Vorrang vor anderen, vom Arbeitnehmer beeinflussbaren Umständen einzuräumen. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen das vom Kläger angeführte Verfahren einer „Lotterie“ fairer wäre, soweit die Ausgangsbedingungen in dem vom Arbeitgeber gewählten technischen Verfahren für alle meldewilligen Arbeitnehmer dem Grunde nach gleich sind.

**(c)** Die Treuwidrigkeit des von der Beklagten gewählten Auswahlverfahrens ergibt sich nicht aus einer möglichen Benachteiligung älterer oder behinderter Arbeitnehmer. Jedenfalls kann sich der Kläger nicht auf eine solche Benachteiligung berufen. Auch wenn die Regelungen der Anlage 2 zum Rahmensozialplan eine mittelbare Benachteiligung behinderter oder älterer Arbeitnehmer im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG darstellen würde, würde das nicht zu einem Anspruch des Klägers auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages führen.

Gemäß § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden; dies gilt auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.

Die Tatsache, dass die Beklagte dem Kläger den Abschluss eines Aufhebungsvertrages nicht angeboten hat, beruhte nicht auf einem der in § 1 AGG genannten Gründe. Ein solcher Grund liegt beim Kläger nicht vor. Er selbst zählt weder zu den älteren Arbeitnehmern noch ist er behindert im Sinne des § 1 AGG. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Beklagte das Vorliegen eines solchen Grundes beim Kläger angenommen hätte.

Hinzu kommt, dass durch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses diejenigen Arbeitnehmer, denen ein Aufhebungsangebot nicht unterbreitet wird, im Regelfall nicht weniger günstig behandelt werden als die ausscheidenden Arbeitnehmer (BAG, Urteil vom 25.02.2010 - 6 AZR 911/08 -, Rn. 33, juris).

**(d)** Die Treuwidrigkeit wird auch nicht dadurch begründet, dass die Beklagte von dem mit dem Konzernbetriebsrat im Rahmensozialplan und der Anlage 2 hierzu geregelten Verfahren abgewichen ist.

Die Beklagte hat die Umstellung des Systems von der ursprünglich vereinbarten Meldung per Email hin zu der Anmeldung über eine Website nicht ohne Zustimmung des Konzernbetriebsrates vorgenommen.

Hierbei kann zum einen dahinstehen, ob der Konzernbetriebsrat der Änderung der technischen Umsetzung durch einen wirksamen Beschluss zugestimmt hat. Die Beklagte durfte auf die Mitteilung der Vorsitzenden des Konzernbetriebsrates in der Email vom 20.03.2015 vertrauen.

Der Arbeitgeber genießt im Hinblick auf ihm von der zuständigen Person mitgeteilten Entscheidungen der Mitarbeitervertretung Vertrauensschutz, soweit ihm die Tatsachen, die möglicherweise für einen formell mangelhaften Beschluss des Gremiums sprechen, nicht bekannt waren und er sie auch nicht kennen musste (vgl. für den Fall der Zustimmung gemäß § 103 BetrVG BAG, Urteil vom 17.03.2005 – 2 AZR 275/04 –, Rn. 54, juris; BAG, Urteil vom 23.08.1984 - 2 AZR 391/83 –, BAGE 46, 258 - 270, Rn. 53 ff.).

Dass die Beklagte Umstände, die auf einen mangelhaften Beschluss des Konzernbetriebsrates hindeuten würden, kannte oder hätte kennen müssen, trägt der Kläger nicht vor.

Die Beklagte durfte aufgrund der Email der Konzernbetriebsratsvorsitzenden vielmehr davon ausgehen, dass die Änderung der technischen Umsetzung im Einvernehmen mit dem Konzernbetriebsrat erfolgte. Eine Verletzung von Pflichten zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme gegenüber dem Kläger lässt sich dem Verhalten der Beklagten nicht entnehmen.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Zustimmung auf eine andere Maßnahme beziehen könnte als die hier gegenständliche Umstellung von dem Emailsystem auf das Webseitensystem. Die Vorsitzende des Konzernbetriebsrates erklärt in ihrer Email vom 20.03.2015 ausdrücklich, der Konzernbetriebsrat habe der IT Lösung für die Ansprache bzw. Meldung der Mitarbeiter für das offene LP Programm zugestimmt.

Ebenso kann dahinstehen, ob die Änderung des in der Anlage 2 zum Rahmensozialplan aufgeführten Systems der Schriftform bedurft hätte.

Gemäß § 77 Abs. 2 BetrVG sind Betriebsvereinbarungen von Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam zu beschließen und schriftlich niederzulegen. Sie sind von beiden Seiten zu unterzeichnen. Ein Sozialplan ist gemäß § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG vom Unternehmer und dem Betriebsrat zu unterzeichnen.

Ob auch die hier gegenständliche Änderung des technischen Verfahrens hinsichtlich der Entgegennahme der Meldung der ausscheidenswilligen Arbeitnehmer im Rahmen des Offenen Abfindungsprogramms der Schriftform bedurft hätte, ist jedoch nicht maßgeblich.

Jedenfalls würde ein etwaiger Formmangel der Vereinbarung der Änderung der technischen Umsetzung nicht den Einwand der Treuwidrigkeit begründen.

Wie dargestellt, erfolgte die Umstellung des Systems im Einvernehmen mit dem Konzernbetriebsrat. Ein etwaiger Formmangel wurde nicht von der Beklagten herbeigeführt. Sie selbst hat sich nicht auf einen eventuellen Formmangel berufen oder hieraus Vorteile gezogen.

**(e)** Die Treuwidrigkeit des Verhaltens der Beklagten ergibt sich auch nicht aus möglichen Mängeln der gewählten technischen Lösung.

Der Annahme eines relevanten Pflichtverstoßes steht hierbei nicht schon grundsätzlich entgegen, dass die Beklagte die Entgegennahme der Meldung nicht selbst vornahm, sondern dies durch die hierfür eingerichtete Externe Koordinationsstelle, die N. + Partner Management Beratung GmbH durchgeführt wurde.

Soweit es sich bei dieser um einen Empfangsvertreter der Beklagten gehandelt hat, wäre dessen Verhalten der Beklagten gegebenenfalls zuzurechnen. Ausreichend ist auch eine Zugangsvereitelung durch einen Vertreter des Empfängers (BeckOK BGB/Wendtland BGB § 130, Rn. 24).

Verhindert hingegen ein nur als Empfangsbote in Betracht kommender Dritter den Zugang der Willenserklärung, so kann dies dem Adressaten nicht zugerechnet werden, wenn er hierauf keinen Einfluss hat (BAG, Urteil vom 11.11.1992 – 2 AZR 328/92 –, Rn. 44, juris).

Ob es sich bei der N. + Partner Management Beratung GmbH um einen Vertreter der Beklagten oder lediglich um einen Boten handelte, kann jedoch offen bleiben.

Ebenso unerheblich ist es, ob ein etwaiger Sorgfaltspflichtverstoß der von der Beklagten zur Herstellung der Anmeldeseite in Anspruch genommenen Dienstleister dieser zugerechnet werden muss, oder ob lediglich mögliche Versäumnisse der Beklagten bei der Auswahl der Dienstleister in der Lage wären, eine Treuwidrigkeit zu begründen.

Auch soweit der Beklagten die Umstände der Erstellung der Anmeldeseite zugerechnet werden, ist eine Treuwidrigkeit nicht gegeben.

Der Kläger hat keine Umstände vorgetragen, die einen für eine Treuwidrigkeit erforderlichen Verstoß gegen Sorgfalts- oder Rücksichtnahmepflichten durch die mit der Einrichtung und dem Betrieb der Website beauftragten externen Dienstleister begründen würde.

Das von der Beklagten bzw. dem von ihr beauftragten Dienstleister gewählte technische System war an sich für die Entgegennahme der Meldungen ausreichend gerüstet und dimensioniert. Der Kläger hat gegen die diesbezüglichen Darlegungen der Beklagten keine substantiierten Einwände erhoben.

Auch der Fehler in der Programmierung begründet keine Treuwidrigkeit.

Der Kläger hat nicht dargelegt, dass der Fehler auf einem Sorgfaltspflichtverstoß beruhte.

Die bloße Existenz des Softwarefehlers als solche ist noch nicht geeignet, ein schuldhaftes, geschweige denn ein treuwidriges Verhalten der sie entwickelnden Personen zu begründen. Softwarefehler sind vielmehr in allen Systemen enthalten und führen dort gelegentlich zu Verzögerungen der Verarbeitung, gelegentlich auch zum Absturz ganzer Systeme.

Dass die Programmierer bei der Herstellung der für die Anmeldung benötigten Software die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vernachlässigt hätten und dass der hier entstandene Softwarefehler daher vermeidbar gewesen wäre, hat der Kläger nicht vorgetragen.

Die Beklagte und die von ihr beauftragten Dienstleister haben auch nicht dadurch gegen ihre Sorgfaltspflichten verstoßen, dass sie bestimmte Tests der Software unterlassen haben. Zwar ist dem Kläger zuzustimmen, dass der vorhandene Fehler bei Durchführung genau darauf abzielender Tests voraussichtlich hätte entdeckt und beseitigt werden können.

Der Kläger hat jedoch nicht vorgetragen, dass für die Entwickler bzw. Betreiber der Software Anlass bestanden hätte, einen solchen Test durchzuführen.

Eine allgemeine Sorgfaltspflicht von Anbietern von Softwaresystemen, jede in Betracht kommende Situation vor Inbetriebnahme der Software zu simulieren, kann zumindest für Systeme, die sich an eine Vielzahl von Nutzern gleichzeitig

richten, nicht angenommen werden. Dies würde letztlich auf eine Pflicht zu unbegrenzten Testungen hinauslaufen, da die konkrete Inanspruchnahme des Systems im Hinblick auf die Zahl der Nutzer, die Häufigkeit der Aufrufe des Systems sowie die gewählten Zugangswege zumeist nicht sicher vorhersehbar sein dürfte.

Der Kläger hat nicht vorgetragen, aufgrund welcher konkreten Umstände die Beklagte bzw. die von ihr eingesetzten Dienstleister hier Anlass gehabt hätten, gerade einen solchen Test durchzuführen, bei welchem der vorhandene Programmierfehler entdeckt worden wäre.

Auch dann, wenn es einen Anlass zur Durchführung eines weiteren Tests gegeben hätte und wenn bei diesem Test der vorhandene Fehler entdeckt worden wäre, ist nicht dargelegt, dass das Unterlassen dieses Tests nach den konkreten Umständen so schwer wöge, dass es den Einwand der Treuwidrigkeit begründen könnte. Es ist nicht dargelegt, aufgrund welcher Prognosen zum Ablauf des Anmeldeverfahrens sowie aufgrund welcher technischen Parameter des gewählten Systems die letztlich aufgetretenen Zugriffsprobleme hätten vorausgesehen werden können.

**(f)** Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände ist ein treuwidriges Vereiteln des Eintritts der Bedingung bzw. des rechtzeitigen Zugangs der Meldung des Klägers nicht gegeben.

Für eine zielgerichtete Verhinderung des rechtzeitigen Eingangs durch die Beklagte gibt es keine Anhaltspunkte. Der Kläger hat eine solche auch nicht behauptet. Die aufgetretenen Zugriffsprobleme haben auch nicht einzelne, von vornherein bestimmte oder bestimmbare Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern getroffen. Es handelt sich hierbei vielmehr um Umstände, die das ohnehin im System enthaltene Zufallsmoment gegebenenfalls verstärkt haben. Die aufgrund der millisekundengenauen Erfassung ohnehin sehr eingeschränkte Beeinflussbarkeit durch menschliches Verhalten ist damit allenfalls noch weiter reduziert worden. Aufgrund der sowohl für die Arbeitnehmer als auch für die Beklagte nicht planbaren Zugriffshemmnisse hat sich das Anmeldesystem mehr in Richtung des vom Kläger als „fairer“ bezeichneten Losentscheides bewegt. Eine Treuwidrigkeit vermag dies nicht zu begründen.

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass vorliegend nicht allein das Verhältnis der Beklagten zum Kläger betroffen ist. Von der Frage des Zeitpunktes des Eingangs der Meldung des Klägers sind nicht allein seine Rechtsposition sowie die Rechtsposition der Beklagten abhängig. Die Fiktion des rechtzeitigen Eingangs der Meldung des Klägers würde vielmehr dazu führen, dass eben er und nicht

der nach der vorliegenden Liste siebtschnellste Mitarbeiter ein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages erhielt. Damit würde aber gegebenenfalls in die Rechte eines Dritten eingegriffen, der auf eine eventuelle Verhinderung des rechtzeitigen Zugangs der Erklärung des Klägers keinen Einfluss hatte. Alternativ wäre der Beklagten eine Verpflichtung zum Abschluss einer Aufhebungsvereinbarung mit einem Arbeitnehmer aufzuerlegen, dessen Arbeitsleistung sie nach den im Rahmeninteressenausgleich festgelegten Planung noch benötigt und die sie sich dann durch eine Neueinstellung, gegebenenfalls auch des Klägers selbst, verschaffen müsste.

**cc)** Letztlich scheitert ein Anspruch des Klägers, wie das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat daran, dass auch soweit ein treuwidriges Verhalten der Beklagten unterstellt wird, nicht festgestellt werden kann, dass der Kläger ohne dieses Verhalten ein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages erhalten hätte.

Der Ursachenzusammenhang zwischen dem treuwidrigen Parteiverhalten und der eingetretenen Sachlage muss nach den allgemeinen Regeln bewiesen werden (BGH, Urteil vom 08.01.1958 – VII ZR 126/57 - LM Nr. 2 zu § 162 BGB; RG Urteil vom 17.06.1907 - I 495/06 - RGZ 66, 222, 224, juris; Staudinger/Reinhard Bork (2015) BGB § 162, Rn. 20).

Zwar trägt der Kläger vor, er habe bereits um 13:00 Uhr versucht, sich auf der zur Verfügung gestellten Seite anzumelden. Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass die unstreitig nicht nur beim Kläger aufgetretenen Zugriffsprobleme dazu geführt haben, dass sich auch andere Mitarbeiter nur verzögert haben anmelden können. Hierbei kann dahinstehen, ob bei den ersten sieben angemeldeten Mitarbeitern Zugriffsprobleme bestanden haben, was der Kläger bestreitet. Auch andere Mitarbeiter, die in der Liste nicht unter den ersten sieben sind, hätten sich ohne die Zugriffsprobleme gegebenenfalls schneller anmelden können. Hierbei hätten sie sich auch schneller registrieren können als der Kläger. Insoweit würde der Umstand Wirkung entfalten, dass die Reihenfolge des Eingangs der Meldungen im Millisekundenbereich nach menschlichen Maßstäben nicht zu beeinflussen ist. Dass der Kläger gegenüber seinen Kollegen über besondere Fähigkeiten verfüge oder ein besonders schnelles technisches System benutzt habe, trägt er nicht vor.

Die Darlegungslast im Hinblick auf den Ursachenzusammenhang zwischen einem eventuellen Pflichtverstoß der Beklagten und der verspäteten Meldung des Klägers war nicht der Beklagten aufzuerlegen.

Grundsätzlich muss jede Partei, wie dargestellt, die ihr günstigen Tatsachen darlegen und beweisen. Wie ebenfalls bereits dargestellt, kann den Gegner der beweisbelasteten Partei die sekundäre Darlegungslast treffen, wenn die darlegungspflichtige Partei alle ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgeschöpft hat und sie ihrer primären Darlegungslast dennoch nicht nachkommen kann, weil sie außerhalb des für ihren Anspruch erheblichen Geschehensablaufs stand. Eine solche sekundäre Darlegungslast setzt jedoch voraus, dass die nicht darlegungsbelastete Partei alle wesentlichen Tatsachen kennt und ihr nähere Angaben zuzumuten sind.

Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Zwar kann unterstellt werden, dass der Kläger keine Kenntnis über den Ablauf der Anmeldeverfahren der übrigen interessierten Mitarbeiter aus dem Bereich IT hat. Dies gilt jedoch für die Beklagte ebenso. Auch sie kann nicht beurteilen, welcher der Arbeitnehmer sich ohne das Hinzutreten eines eventuellen Pflichtverstoßes zu welchem Zeitpunkt für das Offene Abfindungsprogramm angemeldet hätte. Dass ihr über die ihr von der Externen Koordinationsstelle überreichte Liste hinaus weitere Umstände des Einwahlprozesses bekannt seien, hat der Kläger nicht vorgetragen. Gemäß Ziff. 2 c der Anlage 2 zum Rahmensozialplan stellt die Externe Koordinationsstelle eine vertrauliche Behandlung der Interessenten sicher, und darf die Information nicht an Human Resources und/oder Führungskräfte weitergeben.

**b.)** Der Kläger kann sich zur Begründung seines Anspruchs nicht auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz stützen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gebietet der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz dem Arbeitgeber, der Teilen seiner Arbeitnehmer freiwillig nach einem bestimmten erkennbaren generalisierenden Prinzip Leistungen gewährt, Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in gleicher oder vergleichbarer Lage befinden, gleich zu behandeln. Untersagt ist ihm danach sowohl eine willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe als auch eine sachfremde Gruppenbildung (BAG, Urteil vom 21.05.2014 – 4 AZR 50/13 –, Rn. 19, juris; BAG, Urteil vom 06.07.2011 - 4 AZR 596/09 -, Rn. 23, juris).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt auch, soweit die Betriebsparteien die Verteilung der Leistungen regeln. Sowohl bei der Ausgestaltung von Sozialplänen als auch bei freiwilligen Zusatzleistungen besteht ein von den Gerichten zu respektierender Regelungsspielraum. Die Leistungsvoraussetzungen müssen jedoch dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung tragen (BAG, Urteil vom 18.09.2001 – 3 AZR 656/00 –, Rn. 27, juris; BAG, Urteil vom

11.02.1998 - 10 AZR 22/97 –, Rn. 26, juris; BAG, Urteil vom 08.03.1995 – 5 AZR 869/93 –, Rn. 18 f., juris). Er verbietet sowohl die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage als auch eine sachfremde Gruppenbildung (BAG, Urteil vom 18.09.2001 – 3 AZR 656/00 –, Rn. 27, juris; BAG, Urteil vom 10.03.1998 – 1 AZR 509/97 –, Rn. 20, juris; BAG, Urteil vom 09.12.1997 - 3 AZR 661/96 –, Rn. 31, juris). Eine Differenzierung ist dann sachfremd, wenn es für sie keine billigen Gründe, also solche, die auf vernünftigen, einleuchtenden Erwägungen beruhen und gegen keine verfassungsrechtlichen oder sonstigen übergeordneten Wertentscheidungen verstoßen. Ob der Arbeitgeber die zweckmäßigste und gerechteste Lösung wählte, ist nicht zu überprüfen (BAG, Urteil vom 18.09.2001 – 3 AZR 656/00 –, BAGE 99, 53 - 59, Rn. 27).

Hierbei kann dahinstehen, ob es sich bei dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages um eine Leistung des Arbeitgebers in diesem Sinne handelt (so wohl BAG, Urteil vom 01.06.1988 – 5 AZR 371/87 –, Rn. 18, juris).

Die Verteilung nach dem im Rahmensozialplan und der Anlage 2 festgelegten Prioritätsprinzip ist, wie dargestellt, jedenfalls nicht willkürlich. Sie beruht nicht auf einer sachfremden Gruppenbildung. Die Differenzierung nach dem Eingangszeitpunkt der Meldung stellt sich vielmehr als die logische Konsequenz der Tatsache dar, dass die Beklagte nur eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen abbauen will und die Zahl der an einem Ausscheiden interessierten Arbeitnehmer diese Anzahl übersteigt. In dieser Situation der das Angebot übersteigenden Nachfrage ergibt sich das Prioritätssystem ohne weiteres, soweit ein abweichendes Auswahlverfahren nicht eingeführt wird. Eine Pflicht des Arbeitgebers, die Arbeitnehmer nach bestimmten Kriterien auszuwählen, ist jedoch, wie dargestellt, nicht gegeben.

**C.** Da ein Anspruch des Klägers auf Abschluss eines Aufhebungsvertrages nicht besteht, ist auch der mit dem Klageantrag zu 2. geltend gemachte Anspruch auf Zahlung der sich aus dem Sozialplan ergebenden Abfindung nicht begründet. Ob der Antrag schon deshalb unbegründet ist, weil er auf eine Zahlung am 30.09.2015, also in der Vergangenheit liegend, gerichtet ist, oder ob der Antrag so auszulegen ist, dass es dem Kläger auf dieses Datum nicht ankommt, kann dahinstehen.

**D.** Dem Kläger steht auch der mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz nicht zu.

**1.)** Der Kläger hat bereits keinen ersatzfähigen Schaden dargelegt.

Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Abfindungszahlungen nach den Regelungen des Rahmensozialplans dazu dienen sollen, die Nachteile auszugleichen bzw. zu mildern, die den Mitarbeitern aufgrund des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten entstehen. Entstehen solche Nachteile nicht, weil das Arbeitsverhältnis fortgeführt wird, ist fraglich, ob dem Arbeitnehmer überhaupt ein Schaden dadurch entsteht, dass er den Abfindungsbetrag nicht erhält. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass dadurch, dass ihm kein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages unterbreitet wird, ihm die Chance erhalten bleibt, bis zum Eintritt in den Ruhestand bzw. bis zum Erreichen der für das Arbeitsverhältnis maßgeblichen Altersgrenze erwerbstätig zu bleiben (vgl. für den Fall der Benachteiligung im Sinne des § 7 AGG BAG, Urteil vom 25.02.2010 – 6 AZR 911/08 –, BAGE 133, 265 - 284, Rn. 33; kritisch MüKoBGB/Thüsing AGG § 7 Rn. 2).

Der Kläger hat einen konkreten Vermögensschaden nicht dargelegt. Auch soweit die ausgebliebene Vereinbarung eines Aufhebungsvertrages mit einem Abfindungsanspruch grundsätzlich als schadensverursachende Handlung in Betracht käme, wäre der dadurch entstehende Vermögensschaden konkret zu beziffern.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der Ermittlung und Bemessung eines nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzenden Vermögensschadens grundsätzlich von der Differenzhypothese auszugehen, also die nach dem haftungsbegründenden Ereignis eingetretene Vermögenslage mit derjenigen zu vergleichen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre (BGH, Urteil vom 21.03.2013 – III ZR 260/11 –, Rn. 24, juris; BGH, Urteil vom 11.05.2006 - III ZR 228/05 -, Rn. 9, juris; BGH, Urteil vom 06.05.2004 – III ZR 247/03 –, Rn. 44, juris).

Im Hinblick auf die Feststellung des Schadens muss der Geschädigte nicht nur seinen derzeitigen Vermögensstand, sondern auch den hypothetischen Vermögensstand, der ohne das schädigende Ereignis gegeben wäre, darlegen (BGH, Urteil vom 26.02.1988 - V ZR 234/86 -, Rn. 27, juris; MüKoBGB/ Oetker BGB § 249 Rn. 484).

Zwar ist dem Kläger insoweit zuzustimmen, dass er im Falle des Abschlusses eines Aufhebungsvertrages einen Anspruch auf Zahlung der Abfindung erlangt hätte. Der Berechnung der Abfindungshöhe ist die Beklagte auch nicht entgegnetreten.

Der Kläger hat indes nicht dargelegt, wie sich der mit dem Aufhebungsvertrag verbundene Verlust des Arbeitsverhältnisses auf seine Vermögenslage ausgewirkt hätte. Er hat nicht vorgetragen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe er nach Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten andere Einkünfte erzielt hätte.

2.) Ein Schadensersatzanspruch des Klägers scheitert darüber hinaus daran, dass eine unterstellte Pflichtverletzung der Beklagten oder eine solche Dritter, die ihr zuzurechnen wäre, nicht kausal für den unterbliebenen Abschluss der Aufhebungsvereinbarung war.

Als Pflichtverletzung kommt allenfalls die fehlerhafte Programmierung der Registrierungssoftware in Betracht. Andere Pflichtverletzungen der Beklagten hat der Kläger nicht behauptet.

Wie bereits dargestellt, hat der Kläger nicht dargelegt, dass er sich ohne den Programmierungsfehler als einer der ersten sieben Mitarbeiter registriert hätte. Vielmehr ist nicht auszuschließen, dass sich sieben oder mehr andere Mitarbeiter ohne die Zugriffsprobleme schneller als er angemeldet hätten.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 91, 97 Abs. 1 ZPO. Danach fallen die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels der Person zur Last, die es eingelegt hat.

### IV.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision an das Bundesarbeitsgericht liegen vor. Die Kammer ist der Auffassung, dass dem Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung zukommt. Damit besteht der Revisionsgrund des § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

## **RECHTSMITTELBELEHRUNG:**

Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei

### **REVISION**

eingelegt werden.

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist\* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

**Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt  
Fax: 0361-2636 2000**

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Bezüglich der Möglichkeit elektronischer Einlegung der Revision wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I Seite 519) verwiesen.

**\* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Jakubowski

Franzen

Dannemann