



LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

der Frau E. N.-G., X. straÙe 37, L.,

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte C. & X.,
N. str. 16, E.,

g e g e n

die **Deutsche Rentenversicherung Rheinland**, vertreten durch die Geschäfts-
führung, Königsallee 71, 40215 Düsseldorf,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte L. & Partner,
L. allee 96, E.,

hat die 11. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 08.01.2009
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Prof. Dr. Vossen als
Vorsitzenden sowie den ehrenamtlichen Richter Dipl.-Ing. Gravius und die eh-
renamtliche Richterin Kreymann

für R e c h t erkannt:

**Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsge-
richts Düsseldorf vom 30.06.2008 – 2 Ca 2557/08 - abgeän-
dert:**

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Die Revision wird für die Klägerin zugelassen.

TATBESTAND:

Die am 18.03.1953 geborene Klägerin ist bei der Beklagten, die circa 4000 Mitarbeiter beschäftigt und einen Personalrat hat, seit dem 01.01.1985 tätig, zuletzt seit dem 01.04.2000 in der Funktion der Gleichstellungsbeauftragten. Ihr monatliches Bruttogehalt betrug zuletzt 4.200,-- €.

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet u. a. der Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit (künftig: TV ATZ-TgRV) Anwendung. In § 2 dieses Tarifvertrages heißt es:

- „(1) Der Arbeitgeber kann mit Arbeitnehmern, die
- a) das 55. Lebensjahr vollendet haben,
 - b) eine Beschäftigungszeit (z. B. § 19 BAT/BAT-TgRV-O) von fünf Jahren vollendet haben und
 - c) innerhalb der letzten fünf Jahre vor Beginn der Altersteilzeitarbeit mindestens 1080 Kalendertage in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch gestanden haben,
- die Änderung des Arbeitsverhältnisses in ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis auf der Grundlage des Altersteilzeitgesetzes vereinbaren; das Altersteilzeitarbeitsverhältnis muss ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Dritten Buches Sozialgesetzbuch sein.
- (2) Arbeitnehmer, die das 60. Lebensjahr vollendet haben und die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen, haben Anspruch auf Vereinbarung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer hat den Arbeitgeber drei Monate vor dem geplanten Beginn des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses über die Geltendmachung des Anspruches zu informieren; von dem Fristerfordernis kann einvernehmlich abgewichen werden.
- (3) Der Arbeitgeber kann die Vereinbarung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses ablehnen, soweit dringende dienstliche bzw. betriebliche Gründe entgegenstehen.

- (4) Das Altersteilzeitarbeitsverhältnis soll mindestens für die Dauer von zwei Jahren vereinbart werden. Es muss vor dem 1. Januar 2010 beginnen.“

In der Vergangenheit gewährte die Beklagte allen Mitarbeitern der Verwaltung nach Vollendung des 55. Lebensjahrs auf Antrag Altersteilzeit auf der Grundlage des TV ATZ-TgRV. Am 30.11.2006 teilte die Geschäftsführung der Beklagten in einer Abteilungs- und Referatsleiterbesprechung mit, Altersteilzeitanträge von 55 bis 60 Jahre alten Mitarbeitern/innen nur noch dann stattzugeben, wenn die betreffende Stelle tatsächlich wegfallt. Hierüber wurde jedenfalls der Personalrat am 13.03.2007 informiert.

Mit Schreiben vom 28.11.2006 teilte die Klägerin, deren Stelle als Gleichstellungsbeauftragte intern mit einem kw-Vermerk versehen ist, der Beklagten Folgendes mit:

„Zur Fristwahrung möchte ich hiermit bekannt geben, dass ich ab April 2008 einen Altersteilzeitvertrag im Blockmodell abschließen möchte. Mit einer Arbeitsphase vom 1. April 2008 bis 31.03.2013 und mit einer Freistellungsphase vom 01.04.2013 bis 31.03.2018.“

Unter dem 30.11.2006 erwiderte die Beklagte, nach einer Entscheidung ihrer Geschäftsführung sei die Abteilung Verwaltung gehalten, Vereinbarungen über Altersteilzeitarbeit nicht länger als sechs Monate vor Beginn des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses zu treffen, weshalb ihrem – der Klägerin – Antrag zurzeit nicht entsprochen werden könne. Am 08.10.2007 beantragte die Klägerin unter dem Hinweis, dass sie im März 2008 das 55. Lebensjahr vollende, die Umwandlung ihres Arbeitsvertrages in einen Altersteilzeitvertrag. Dies lehnte die Beklagte schriftlich am 12.10.2007 mit dem Hinweis ab, die Stelle der Klägerin entfallt nicht endgültig mit dem Eintritt in die Freistellungsphase.

Mit ihrer beim Arbeitsgericht Düsseldorf am 28.04.2008 eingereichten Klage verfolgt die Klägerin ihr Altersteilzeitbegehren weiter.

Die Klägerin hat im Wesentlichen geltend gemacht:

Bei der Beklagten bestehe eine betriebliche Übung, nach der auch Mitarbeiter zwischen dem 55. und 59. Lebensjahr einen Anspruch auf Altersteilzeit hätten. Diese Übung ergebe sich daraus, dass sämtliche Altersteilzeitanträge von Mitarbeitern dieser Altersgruppe, die in der Verwaltung beschäftigt gewesen seien, ausnahms- und vorbehaltlos genehmigt worden seien. Eine Prüfung von Anspruchsvoraussetzungen habe nicht stattgefunden. Dabei habe es sich seit dem Jahre 2000 um ca. ein bis zwei Dutzend Altersteilzeitverträge pro Jahr gehandelt. Insgesamt bestünden in diesem Bereich derzeit ca. 140 Altersteilzeitverträge. Es sei auch allen Mitarbeitern bekannt gewesen, dass Altersteilzeitanträge von 55 bis 59 Jahre alten Mitarbeitern der Verwaltung durch die Beklagte voraussetzungslos genehmigt würden. Die Entscheidung der Beklagten im November 2006, Altersteilzeitanträge dieser Altersgruppe nur noch dann zu genehmigen, wenn die Stelle künftig wegfalle, sei irrelevant. Denn es sei bereits zuvor eine betriebliche Übung entstanden, die mit keinem Vorbehalt versehen gewesen sei. Hinzu komme, dass ihre Stelle als Gleichstellungsbeauftragte einen kw-Vermerk trage, so dass auch im Hinblick auf die neue Handhabung ein Altersteilzeitananspruch bestehe. Des Weiteren halte die Beklagte die von ihr behauptete neue Verfahrensweise gar nicht ein. So sei in einigen Fällen ein Stellentausch erfolgt oder eine Besetzungssperre verhängt worden. Schließlich bestehe der Anspruch auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung. Da die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten nicht entfalle, solange die gesetzliche Regelung in Kraft sei, könne die vorgezogene Altersteilzeit durch die Stelleninhaberin nie in Anspruch genommen werden. Dies sei eine mittelbare Diskriminierung von Frauen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, ihr - der Klägerin - Angebot vom 08.10.2007 auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages beginnend ab dem 01.04.2008 entsprechend den Regelungen des Tarifvertrages zur Regelung der Altersteilzeit (TV ATZ-Tg und RV) vom 20.05.1998 in der aktuel-

len Fassung mit Altersteilzeit in Form des Blockmodells vom 01.04.2008 bis zum 13.03.2018, anzunehmen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte führt im Wesentlichen aus:

Der Klägerin stehe kein Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages zu. Der TV ATZ-TgRV enthalte lediglich für Mitarbeiter, die das 60. Lebensjahr vollendet hätten, eine Verpflichtung zum Abschluss eines Altersteilzeitvertrages. Im November 2006 habe ihre Geschäftsführung beschlossen, Altersteilzeitanträge von Mitarbeitern, die das 55. Lebensjahr vollendet hätten, nur noch dann zu gewähren, falls die Stellen, die von diesen Mitarbeitern besetzt würden, künftig entfallen würden. Zwar habe auch die Stelle der Klägerin einen kw-Vermerk. Dies beruhe auf planerischen Gründen, falls die gesetzliche Pflicht zur Bestellung einer Gleichstellungsbeauftragten künftig entfallen würde. Darüber hinaus werde Altersteilzeitanträgen von 55 Jahre alten Mitarbeitern entsprochen, sobald eine durchzuführende Organisationsuntersuchung ergebe, dass die Stelle künftig eingespart werden könne sowie dann, wenn eine Stelle mit einer kw-Stelle getauscht werden könne. Eine Diskriminierung liege hierin nicht.

Mit seinem am 30.06.2008 verkündeten Urteil hat das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben und dies im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages, beginnend mit dem 01.04.2008, auf der Grundlage des TV ATZ-TgRV i. V. m. der ständigen Handhabung der Gewährung von Altersteilzeitanträgen. Denn das der Beklagten durch § 2 Abs.1 TV ATZ-TgRV bei Mitarbeitern, die das 55. Lebensjahr aber noch nicht das 60. Lebensjahr vollendet hätten eingeräumte Ermessen zum Abschluss eines Altersteilzeitvertrages sei aufgrund einer betrieblichen Übung „auf Null“ reduziert. Die Klägerin habe für

die Jahre seit 1996 eine betriebliche Übung dahingehend behauptet, dass Altersteilzeitanträge von 55 Jahre alten Mitarbeitern der Verwaltung voraussetzungslos genehmigt worden seien, soweit sie die Rahmenvorgaben des Tarifvertrages erfüllt hätten. Dem Entstehen einer derartigen betrieblichen Übung gerichtet auf eine Ermessensreduzierung habe die Beklagte nichts entgegengesetzt, weshalb der Sachvortrag der Klägerin zur Handhabung der Altersteilzeit bis November 2006 als zugestanden gelte (vgl. § 138 Abs. 3 ZPO). Die sich zum Anspruch verdichtende Handhabung der Altersteilzeitanträge von 55-jährigen Mitarbeitern habe die Beklagte nicht durch einen Beschluss auf der Referatsleiterkonferenz im November/Dezember 2006 abändern können. Denn wie bei einer betrieblichen Übung habe die Beklagte ihre Handhabung ohne einen Vorbehalt nicht einfach durch Erklärung ändern können. Jedenfalls im Verhältnis zur Klägerin habe die Beklagte durch die neue Handhabung keine gegenläufige betriebliche Übung der Ermessensausübung schaffen können. Denn die Klägerin habe ihren ersten Antrag zwei Tage vor der Referatsleiterkonferenz vom 30.11.2006 gestellt.

Gegen das ihr am 11.07.2008 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem am 30.07.2008 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem hier am 11.09.2008 eingereichten Schriftsatz begründet.

Die Beklagte macht unter teilweiser Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens im Wesentlichen geltend:

Die Vorinstanz habe übersehen, dass einer auf betrieblicher Übung beruhenden Abrede das Schriftformgebot des § 2 Abs. 3 Satz 1 des Tarifvertrages für die Verbandsmitglieder der Tarifgemeinschaft der Deutschen Rentenversicherung (TV-TgDRV) vom 23.08.2006, wonach Nebenabreden nur wirksam seien, wenn sie schriftlich vereinbart würden, entgegen stehe. Da es sich hierbei um einen gesetzlichen Schriftformzwang i. S. des § 126 Abs. 1 BGB handele, sei eine etwaige Nebenabrede, nach der sich Einschränkungen bei ihrer Ermessensausübung ergeben würden, gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig. Des Weiteren sei sie verpflichtet, bei der Bewilligung von Altersteilzeitanträgen Angestellte

und Beamte gleichzubehandeln. Die Landesregierung habe im September 2002 entschieden, für Beamte mit Ausnahme von Lehrern und Beamten, die auf kw-Stellen geführt würden, keine Altersteilzeitanträge mehr zu bewilligen. Sie habe im November 2006 diese Entscheidung, die unmittelbar verbindlich nur für Beamte der Landesverwaltung gewesen sei, auch für Angestellte umgesetzt und damit einheitlich für Beamte und Angestellte entschieden, dass Altersteilzeitanträge ab dem 55. bis zum 60. Lebensjahr nur noch bewilligt würden, wenn „kw-Stellen“ betroffen seien. Im Übrigen sei nicht zu erkennen, dass tatsächlich eine Ermessensreduzierung „auf Null“ bei der Bescheidung von Altersteilzeitanträgen aufgrund betrieblicher Übung bei ihr eingetreten sei. Es sei bereits vor November 2006 in jedem Einzelfall eine Überprüfung der formellen und materiellen Voraussetzungen bei der Bescheidung von Altersteilzeitanträgen erfolgt. Sie habe deshalb nach § 2 Abs. 1 lit. a – c TV ATZ-TgRV nach billigem Ermessen i. S. des § 315 BGB über den klägerischen Altersteilzeitantrag entscheiden müssen. Dabei seien ihr keine Ermessensfehler unterlaufen. Es bestehe nicht die Möglichkeit, die Stelle der Klägerin wegfallen zu lassen bzw. einen Stellentausch vorzunehmen. Sie sei wegen ihrer Beschäftigtenzahl vielmehr gesetzlich verpflichtet, die Stelle einer Gleichstellungsbeauftragten beizubehalten (vgl. §§ 15, 16 ff. LGG NRW) ebenso auch die von der Klägerin – vor ihrer Freistellung – besetzte und weiterhin bestehende Planstelle im betrieblichen sozialen Dienst.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 30.06.2008 – 2 Ca 2557/08 -, ihr am 11.07.2008 zugestellt, aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt in erster Linie das angefochtene Urteil und macht unter teilweiser Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ergänzend geltend:

Das Schriftformgebot des § 2 Abs. 1 TV-TgDRV komme vorliegend nicht zur Anwendung, da es hier um die Frage von Änderungen der Arbeitszeit und der Vergütung und damit um die Veränderung der aus dem Arbeitsvertrag folgenden Hauptpflichten gehe. Das Argument, die Beklagte sei verpflichtet, Beamte und Angestellte bei der Bewilligung von Altersteilzeit gleich zu behandeln, überzeuge nicht. Es bestehe nämlich schon seit 1996 ein gleichförmiges und wiederholtes Verhalten der Beklagten, das allen Arbeitnehmern der Hauptverwaltung bekannt sei und aus dem sie hätten schließen können, dass auch künftig die Anträge auf Altersteilzeit der 55 bis 60-jährigen ohne weitere Prüfung positiv beschieden würden. Die einmal entstandene betriebliche Übung hätte nur einvernehmlich, durch Änderungskündigung oder durch eine sog. negative betriebliche Übung beseitigt werden können. Soweit die Beklagte der Auffassung sei, ihr – der Klägerin – eigener, bereits in erster Instanz erfolgter Vortrag spreche gegen die Entstehung einer betrieblichen Übung, habe diese übersehen, dass die von ihr – der Klägerin – dargelegten drei Fälle, in denen sogar ohne kw-Vermerk Altersteilzeit bewilligt worden sei, solche betroffen hätten, die nach November/Dezember 2006 entschieden worden seien. Die Differenzierung der Beklagten zwischen den kw-Vermerken überzeuge nicht. Wenn die Beklagte eine Regelung aufstelle, dass sie Mitarbeiter, die auf Positionen eingesetzt würden, die einen kw-Vermerk enthalten würden, einen Antrag auf Altersteilzeit nach Vollendung des 55. Lebensjahres bewillige, sei sie verpflichtet, die Regelung auch konsequent durchzuführen. Zudem sei die Beklagte, da sie – die Klägerin – sich aufgrund fehlender Informationen über die ab Dezember 2006 erfolgte Änderung der Bewilligungspraxis hinsichtlich der Altersteilzeitanträge gehindert gewesen sei, Maßnahmen zu ergreifen, um den Schaden, die Nichtgewährung der Altersteilzeit abzuwehren, verpflichtet, ihr die versagte Altersteilzeit zu gewähren. Denn diese Maßnahmen hätten aller Voraussicht nach Erfolg gehabt.

Wegen des sonstigen Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der Akte ergänzend Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

A.

Die Berufung der Beklagten, gegen deren Zulässigkeit keinerlei Bedenken bestehen, ist begründet. Mangels einer entsprechenden Rechtsgrundlage hat die Klägerin keinen Anspruch auf Abschluss des von ihr gewünschten Altersteilzeitvertrages ab dem 01.04.2008.

I. Dem geltend gemachten Anspruch der Klägerin steht nicht entgegen, dass sie eine rückwirkende Vertragsänderung begehrt.

1. Arbeitsvertragsparteien sind rechtlich nicht gehindert, das zwischen ihnen bereits begründete Arbeitsverhältnis zu ändern. Auch eine rückwirkende Vertragsänderung ist zulässig und unterliegt vorbehaltlich zwingenden Rechts keinen Beschränkungen (BAG 24.09.2003 – 5 AZR 282/02 – EzA § 615 BGB 2002 Nr. 3; BAG 12.08.2008 – 9 AZR 620/07 – DB 2008, 2839, 2840). Dementsprechend ist, soweit der Arbeitnehmer Anspruch auf Abschluss eines Änderungsvertrages zu einem bestimmten, in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt hat, der Arbeitgeber zur Abgabe einer auf dieses Datum bezogenen Willenserklärung zu verurteilen (BAG 27.04.2004 – 9 AZR 522/03 – EzA § 8 TzBfG Nr. 10; BAG 15.04.2008 – 9 AZR 111/07 – EzA § 4 TVG Altersteilzeit Nr. 27; BAG 12.08.2008 – 9 AZR 620/07 – a. a. O.).

2. Das gilt auch für die Verurteilung zum rückwirkenden Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrages. Dem steht nicht entgegen, dass das Altersteilzeitarbeitsverhältnis aus sozialrechtlichen Gründen vor seinem Beginn vereinbart worden sein muss (vgl. Rundschreiben der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 09.03.2004, S. 30 unter 2.1.6.). Eine rückwirkende Umwidmung oder Umwandlung eines „normalen“ Arbeitsvertrages in einen Al-

tersteilzeitarbeitsvertrag mit Wirkung gegenüber der Sozialversicherung oder der Bundesagentur für Arbeit ist damit zwar grundsätzlich ausgeschlossen. Die gerichtliche Verurteilung zum rückwirkenden Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses ist aber dennoch möglich (vgl. näher BAG 12.08.2008 – 9 AZR 620/07 – a. a. O.).

II. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts hat die Klägerin keinen Anspruch auf Annahme ihres Angebots auf Abschluss des begehrten Altersteilzeitarbeitsvertrages gemäß § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV i. V. m. der von der Klägerin behaupteten ständigen Handhabung der Gewährung von Altersteilzeitanträgen in der Vergangenheit durch die Beklagte.

1. Nach § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV kann der Arbeitgeber mit Arbeitnehmern, die das 55. Lebensjahr und eine Beschäftigungszeit von fünf Jahren vollendet haben und in den letzten fünf Jahren an mindestens 1080 Kalendertagen in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nach dem Dritten Buch des Sozialgesetzbuches gestanden haben, die Änderung des Arbeitsverhältnisses in ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis auf der Grundlage des Altersteilzeitgesetzes vereinbaren.

2. Die Klägerin erfüllt zwar die in § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV genannten Voraussetzungen. Sie hat zu dem von ihr gewünschten Beginn des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses am 01.04.2008 das 55. Lebensjahr vollendet und ist während der letzten fünf Jahre vor dem 01.04.2008 an mindestens 1080 Kalendertagen sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Die Entscheidung der Beklagten, mit der Klägerin keine Altersteilzeitarbeit zu vereinbaren, ist jedoch nicht zu beanstanden.

a) Nach dem Wortlaut von § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV kann der Arbeitgeber mit Arbeitnehmern, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, die Änderung des Arbeitsverhältnisses in ein Teilzeitarbeitsverhältnis vereinbaren. Mit der Formulierung „kann“ wird regelmäßig ausgedrückt, dass dem Berechtigten die Entscheidung überlassen wird, ob er tätig wird oder nicht. Für die Auslegung dieser

Tarifvorschrift gilt nichts anderes. Der Arbeitgeber ist demnach nicht verpflichtet, dem Antrag eines Arbeitnehmers auf Änderung des Arbeitsvertrages allein deshalb zu entsprechen, weil dieser die in der Vorschrift bestimmten Voraussetzungen erfüllt. Die Tarifvertragsparteien haben die Entscheidung über die vom Arbeitnehmer verlangte Vertragsänderung vielmehr in das Ermessen des Arbeitgebers gestellt (BAG 12.12.2000 – 9 AZR 706/99 – EzA § 4 TVG Altersteilzeit Nr. 1; BAG 10.05.2005 – 9 AZR 294/04 – EzA § 4 TVG Altersteilzeit Nr. 15; LAG Düsseldorf 15.05.2008 – 5 Sa 125/08 – Rz. 46, juris).

b) Allerdings ist die Beklagte nicht frei in der Ausübung ihres Ermessens. Ersichtlich haben die Tarifvertragsparteien nicht allein die Selbstverständlichkeit wiederholt, dass der Arbeitgeber Vertragsfreiheit genießt und daher mit den Arbeitnehmern auf der Grundlage des Altersteilzeitgesetzes Verträge schließen kann. Ein Arbeitnehmer hat vielmehr Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber bei der Entscheidung über seinen Antrag billiges Ermessen wahrt (§ 315 Abs. 1 BGB). Der Arbeitgeber ist deshalb verpflichtet, bei seiner Entscheidung die wesentlichen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und die beiderseitigen Interessen angemessen zu wahren (vgl. BAG 10.05.2005 – 9 AZR 294/04 – a. a. O.; LAG Düsseldorf 15.05.2008 – 5 Sa 125/08 - Rz. 47 juris). Für die Billigkeitskontrolle nach Maßgabe des § 315 Abs. 1 BGB gilt ein objektiver Maßstab, d. h. es sind alle Umstände zu berücksichtigen, die zu dem Zeitpunkt vorlagen, zu dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hatte (vgl. BAG 03.12.2002 – 9 AZR 457/01 – EzA § 4 TVG Altersteilzeit Nr. 2; BAG 10.05.2005 – 9 AZR 294/04 – a. a. O.).

c) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist die der Beklagten nach § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV zustehende Ermessensentscheidung nicht deshalb „auf Null“ reduziert, weil die Beklagte angeblich das ihr eingeräumte Ermessen über Jahre nicht ausgeübt hat und dadurch zu Gunsten der Klägerin eine die Beklagte bindende betriebliche Übung entstanden ist, das Angebot eines Arbeitnehmers auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages anzunehmen.

aa) Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Aus diesem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, das von den Arbeitnehmern stillschweigend angenommen wird (§ 151 Satz 1 BGB), erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs ist nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und durfte. Inhalt einer betrieblichen Übung kann jeder Gegenstand sein, der arbeitsvertraglich geregelt werden kann (st. Rspr., z. B. BAG 01.11.2005 – 1 AZR 355/04 – EzA § 4 TVG Tariflohnerhöhung Nr. 46; BAG 11.04.2006 – 9 AZR 500/05 – EzA § 667 BGB 2002 Nr. 1; BAG 13.06.2007 – 5 AZR 849/06 – juris). Allerdings kann ein Anspruch aus betrieblicher Übung nur entstehen, wenn es an einer kollektiv- oder individualrechtlichen Grundlage für die Leistungsgewährung fehlt (st. Rspr., z. B. BAG 20.06.2007 – 10 AZR 410/06 – NZA 2008, 1293, 1295; BAG 28.05.2008 – 10 AZR 274/07 – EzA § 242 BGB 2002 Betriebliche Übung Nr. 8).

bb) Ungeachtet des Umstandes, dass die Beklagte u. U. jahrelang ihr tarifvertraglich eingeräumtes Ermessen bei der Entscheidung über ein Angebot eines Arbeitnehmers auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages gemäß § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV nicht ausgeübt hat, waren Grundlage der Annahme eines Angebots auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages auch in der Vergangenheit - vor dem 01.12.2006 - die Bestimmungen des TV ATZ-TgRV, der entweder auf ein Arbeitsverhältnis kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit (vgl. § 3 Abs. 1 TVG) oder kraft einzelvertraglicher Bezugnahme auf das jeweilige Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Die Annahme eines Angebots auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages beruhte somit entweder auf einer tarifvertraglichen oder individualrechtlichen Grundlage. Damit fehlt aber die Grundvoraussetzung für eine Reduzierung des der Beklagten gemäß § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV eingeräumten Ermessens „auf Null“ im Wege einer betrieblichen Übung. Eine solche

Ermessenseinschränkung hätte im Übrigen zu einer von der Beklagten erkennbar nicht gewollten Verpflichtung, einen Altersteilzeitantrag über § 2 Abs. 2 TV ATZ-TgRV hinaus auch von Mitarbeitern vor Vollendung des 60. Lebensjahres annehmen zu müssen, geführt.

d) In dem TV ATZ-TgRV werden keine Umstände genannt, die der Arbeitgeber bei seiner Ermessensentscheidung über einen Antrag auf Altersteilzeit nach § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV zu berücksichtigen hat. Insbesondere war die Beklagte berechtigt, den Antrag der Klägerin auch aus anderen als den in § 2 Abs. 3 TV ATZ-TgRV genannten dringenden dienstlichen bzw. betrieblichen Gründen abzulehnen. Die Vorschrift bezieht sich allein auf Arbeitnehmer i. S. von § 2 Abs. 2 TV ATZ-TgRV, also auf Arbeitnehmer ab Vollendung des 60. Lebensjahres. Das ergibt die Auslegung des TV ATZ-TgRV. Dem Wortlaut von § 2 Abs. 3 TV ATZ-TgRV und seiner räumlichen Anordnung in der Tarifvorschrift ist diese Einschränkung nicht ohne weiteres zu entnehmen. Sie ergibt sich aber aus dem Inhalt des Tarifvertrags, nämlich aus der unterschiedlichen Ausgestaltung der Rechtsstellung der Arbeitnehmer, mit denen der Arbeitgeber Altersteilzeit vereinbaren kann. So haben die Tarifvertragsparteien die Rechte der Arbeitnehmer ab Vollendung des 60. Lebensjahres im Verhältnis zu denen der jüngeren Arbeitnehmer stärker ausgestaltet und einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Vertragsänderung vereinbart. Der Arbeitgeber ist gehalten, dem Übergang in die Altersteilzeit zuzustimmen. Ihm ist kein Ermessen eingeräumt. Er muss den Antrag des Arbeitnehmers annehmen. Eine Ablehnung kommt nur nach Maßgabe von § 2 Abs. 3 Satz 1 TV ATZ-TgRV in Betracht. Mit dieser unterschiedlichen Rechtsstellung lässt sich eine Anwendung von § 2 Abs. 3 Satz 1 TV ATZ-TgRV auf Arbeitnehmer der Altersgruppe wie der Klägerin nicht vereinbaren. Sie führt zu einer Änderung des Inhalts des in § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV begründeten Anspruchs. Aus dem Anspruch auf Ausübung billigen Ermessens wird im Ergebnis eine Pflicht des Arbeitgebers zum Abschluss des Änderungsvertrags, wenn er nur dringende dienstliche oder betriebliche Gründe berücksichtigen dürfte. Die von den Tarifvertragsparteien erkennbar gewollte Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern „mit“ und „ohne“ Anspruch auf Vertragsänderung würde aufgehoben (vgl. BAG 12.12.2000 – 9 AZR 706/99 – EzA § 4

TVG Altersteilzeit Nr. 1; vgl. auch LAG Düsseldorf 15.05.2008 – 5 Sa 125/08 – Rz. 47, juris).

e) Damit kann die Beklagte bei ihrer Entscheidung über einen Antrag auf Altersteilzeit nach § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV, sofern sie diesen Antrag ablehnen will, im Rahmen des billigen Ermessens jeden sachlichen Grund, der sich auf den Übergang zur Altersteilzeit bezieht, heranziehen (BAG 26.06.2001 – 9 AZR 244/00 – EZA § 4 TVG Altersteilzeit Nr. 2; BAG 03.12.2002 – 9 AZR 457/01 – EZA § 4 TVG Altersteilzeit Nr. 4; BAG 10.05.2005 – 9 AZR 294/04 – EZA § 4 TVG Altersteilzeit Nr. 15). Dazu können auch finanzielle Gründe gehören (BAG 12.12.2000 – 9 AZR 706/99 – a. a. O.; BAG 10.05.2005 – 9 AZR 294/04 – a. a. O.).

aa) Durch Beschluss ihrer Geschäftsführung, mitgeteilt auf der Abteilungs- und Referatsleiterbesprechung am 30.11.2006, hat die Beklagte entschieden, aus finanziellen Erwägungen (Einsparung von Personalkosten im Anschluss an die bereits seit November 2002 für Beamte geltende Regelung im Hinblick auf die aus § 220 Abs. 3 Satz 2 SGB VI folgende Verpflichtung) mit Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, die zwar 55 aber noch keine 60 Jahre alt sind, Altersteilzeitverträge nur noch dann abzuschließen, wenn entweder die betreffende Stelle des Mitarbeiters/der Mitarbeiterin direkt oder aber im Falle der Notwendigkeit einer Nachbesetzung dieser freiwerdenden Stelle bei Eintritt in die Freistellungsphase eine andere Stelle endgültig wegfällt. Der damit verbundene Einspareffekt ist ein ausreichender Ablehnungsgrund.

bb) Dem steht nicht entgegen, dass bei der geschilderten Handhabung der Beklagten bei der Entscheidung über die Annahme eines Altersteilzeitangebots die nach der Präambel des TV ATZ-TgRV verfolgten Ziele für die Altersgruppe der Klägerin nicht erreicht werden. Altersteilzeit eröffnet Beschäftigungsmöglichkeiten für Auszubildende und Arbeitslose nur, wenn frei werdende Stellen wieder besetzt werden. Die Beschäftigung eines sog. Wiederbesetzers führt aber bei der durch die Bundesanstalt für Arbeit geförderten Altersteilzeitregelung zu einer Mehrbelastung des Arbeitgebers. Die Kostenbelastung hat die

Beklagte mit insgesamt 183 % in der Freistellungsphase der Mitarbeiter, die die Altersteilzeit vereinbart haben, angegeben. Dieser Prozentsatz setzt sich zusammen aus den Kosten für die Mitarbeiter in der Altersteilzeit in Höhe von 83 % der Vergütung (vgl. § 5 Abs. 2 TV ATZ-TgRV) und den Kosten für den neu eingestellten Mitarbeiter in Höhe von 100 % der Vergütung. Auch die Klägerin verkennt eine Mehrbelastung nicht. Sie macht nur geltend, die zusätzlichen Kosten würden teilweise wegen der regelmäßig geringeren Vergütung der neu Eingestellten ausgeglichen, so dass insgesamt von einer Kostenbelastung in der Freistellungsphase von 120 % ausgegangen werden könne. Dass gleichwohl zusätzliche Kosten beim beklagten Land verbleiben, stellt sie somit nicht in Abrede (vgl. auch BAG 12.12.2000 – 9 AZR 706/99 – a. a. O.).

f) Die Klägerin macht auch ohne Erfolg geltend, die Beklagte habe keine Einzelfallentscheidung getroffen.

aa) An dieser Erwägung ist zwar richtig, dass eine Ermessensentscheidung i. d. R. eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles verlangt. Die Ermessensentscheidung schließt generell Vorentscheidungen des Arbeitgebers, wie er eine Tarifnorm in die Praxis umsetzt, nicht aus. Derartige Regelungen dienen zum einen der einheitlichen Anwendung der Tarifvorschriften. Sie tragen außerdem dem Bedürfnis nach Transparenz Rechnung. Der Arbeitnehmer weiß, welche Kriterien für die Entscheidung des Arbeitgebers maßgeblich sind. In eine weitergehende Prüfung der zu berücksichtigenden Belange muss der Arbeitgeber danach erst dann eintreten, wenn der Arbeitnehmer über die im Tarifvertrag normierten Anspruchsvoraussetzungen hinaus auf seinen Fall bezogene Umstände darlegt (BAG 12.12.2000 – 9 AZR 706/99 – a. a. O.; LAG Rheinland-Pfalz 03.03.2005 – 4 Sa 990/04 – Rz. 36 juris).

bb) Hieran fehlt es vorliegend. Zwar hat die Klägerin der Beklagten durch die von ihr vorgelegten entsprechenden Heimverträge nachgewiesen, eine pflegebedürftige Mutter und Schwiegermutter zu haben. Unter Berücksichtigung dieses Umstandes lässt sich aber ein gesteigertes Interesse an der Vereinbarung einer Altersteilzeitvereinbarung im Blockmodell für zehn Jahre nicht rechtferti-

gen, dies insbesondere unter Berücksichtigung der von der Beklagten vorrangig zu behandelnden finanziellen Erwägungen. Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass eine akute erhöhte Pflegebedürftigkeit durch Inanspruchnahme der Freizeitregelung im Pflegezeitgesetz abgedeckt werden kann (vgl. § 2 Abs. 1 PflegeZG).

g) Der Umstand, dass die Klägerin ihren Antrag auf Altersteilzeit erstmals am 28.11.2006 und damit vor dem in der Abteilungs- und Referatsleiterbesprechung am 30.11.2006 mitgeteilten Entschluss der Geschäftsführung der Beklagten, künftig Altersteilzeitanträgen von Arbeitnehmern vor Vollendung des 60. Lebensjahres nur noch dann stattzugeben, wenn die betreffende Stelle tatsächlich wegfallen, gestellt hatte, zwingt nicht zu einer anderen Beurteilung. Zum einen war nach einer Entscheidung der Geschäftsführung der Beklagten ihre Abteilung Verwaltung gehalten, Vereinbarungen über Altersteilzeitarbeit nicht länger als sechs Monate vor Beginn des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses zu treffen. Zum anderen durften sich die Sachbearbeiter dieser Abteilung daran orientieren, dass ab 01.12.2006 eine andere verwaltungsinterne Handhabung durch den bereits mehrfach erwähnten, in der Abteilungs- und Referatsleiterbesprechung am 30.11.2006 mitgeteilten Beschluss der Geschäftsführung vorgegeben war (vgl. LAG Rheinland-Pfalz 03.03.2005 – 4 Sa 990/04 – Rz. 39 juris).

III. Die Klägerin kann auch keinen Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages beginnend ab dem 01.04.2008 daraus herleiten, dass sich die Beklagte bei der Ausübung des ihr gemäß § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV zustehenden Ermessens dadurch gebunden hätte, dass die Stelle des Beschäftigten, der einen Altersteilzeitantrag gestellt habe, nach dem Stellenplan einen kw-Vermerk haben müsse.

1. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass ihre Stelle als Gleichstellungsbeauftragte einen kw-Vermerk trage, übersieht sie, dass dieser mit den sonstigen kw-Vermerken nicht vergleichbar ist. Das folgt bereits daraus, dass die Beklagte die Stelle der Gleichstellungsbeauftragten gerade nicht wegfallen lassen kann, da bei Ausscheiden der Klägerin die Stelle

der Gleichstellungsbeauftragten nach gegenwärtiger Sach- und Rechtslage gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 LGG erneut besetzt werden muss.

2. Der Umstand, dass damit die Altersteilzeit für eine Arbeitnehmerin, die Gleichstellungsbeauftragte ist, nach der von der Beklagten ab dem 01.12.2006 eingeführten Handhabung hinsichtlich der Bewilligung von Altersteilzeitanträgen, ausscheidet, stellt keine § 16 Abs. 3 1. Halbs. LGG widersprechende Benachteiligung dieser Arbeitnehmerin gegenüber sonstigen Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen dar. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die hierin liegende Benachteiligung der Klägerin als Gleichstellungsbeauftragte im Verhältnis zu anderen vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen nicht aus sachlichen Erwägungen, sondern allein wegen ihrer Amtstätigkeit erfolgen würde (vgl. zu § 78 Satz 2 BetrVG ErfK/Kania, 9. Aufl. 2009, § 78 BetrVG Rz. 7). Das ist jedoch vorliegend nicht der Fall. Zum einen beruht die mit Wirkung vom 01.12.2006 eingeführte Handhabung der Beklagten bei der Bewilligung von Altersteilzeitanträgen auf sachlichen Gründen, nämlich auf finanziellen Erwägungen. Zum anderen ist die Beklagte nach § 15 Abs. 1 Satz 1 LGG, wie bereits dargestellt, gehindert, die von der Klägerin bekleidete Stelle der Gleichstellungsbeauftragten, wie andere Arbeitsplätze bei ihr, einzusparen.

3. In diesem Zusammenhang verhilft der Klägerin auch nicht der Hinweis darauf, dass die von ihr vor der Ernennung zur Gleichstellungsbeauftragten bekleidete Planstelle im betrieblichen Sozialdienst von der Beklagten nicht gesetzlich vorgehalten werden müsse, also mit einem kw-Vermerk versehen werden könnte mit der Folge, dass ihrem Altersteilzeitantrag im Wege des Stellentausches stattgegeben werden könnte. Zum einen unterliegt es der unternehmerischen Entscheidung der Beklagten, eine Stelle mit einem kw-Vermerk zu versehen. Zum anderen hat die Beklagte unwidersprochen vorgetragen, wegen der Größe ihres Betriebes sei der Sozialdienst unentbehrlich. Zudem sei eine Auflösung oder Einschränkung des betrieblichen Sozialdienstes ohne Zustimmung der Personalvertretung nicht möglich.

IV. Soweit die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 04.12.2008 ihren Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitvertrages beginnend ab dem 01.04.2008 wegen einer Verletzung der der Beklagten obliegenden Fürsorgepflicht (vgl. § 241 Abs. 2 BGB) im Wege des Schadensersatzes (vgl. § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB) herleiten will, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, sie habe die seit dem 01.12.2006 geltenden Regeln bei der Bewilligung von Altersteilzeit gemäß § 2 Abs. 1 TV ATZ-TgRV nicht in der betrieblichen Öffentlichkeit, also nicht ,wie die Beklagte behauptet hat, im Intranet, publiziert. Selbst wenn man dies zu Gunsten der Klägerin unterstellt und auch noch zu ihren Gunsten ein schuldhaftes Verhalten der Beklagten (vgl. § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) annimmt, hat die Klägerin doch keinen hieraus resultierenden Schaden substantiiert dargelegt. Sie hat zum einen lediglich pauschal darauf hingewiesen, sie habe sich im Hinblick auf die bisherige Handhabung bei der Bewilligung von Altersteilzeit darauf eingerichtet, dass ihr diese antragsgemäß gewährt werde. Zum anderen hat sie allgemein gehalten lediglich geltend gemacht, dass sie sich, wenn sie Kenntnis davon gehabt hätte, der kw-Vermerk an ihrer Stelle würde nach den „Geheimregelungen“ der Beklagten nicht ausreichen, um Altersteilzeit zu erhalten, bereits im Vorfeld für einen Stellentausch eingesetzt hätte, der sicherlich aufgrund des erheblichen Personalabbaus möglich gewesen wäre.

B.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG.

Die Kammer hat der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zugemessen und deshalb für die Klägerin die Revision an das Bundesarbeitsgericht gemäß § 72 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG:

Gegen dieses Urteil kann von der Klägerin

REVISION

eingelegt werden.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich 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 Nr. 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung der Mitglieder dieser Organisation oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung 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.

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

gez.: Prof. Dr. Vossen

gez.: Gravius

gez.: Kreymann