

Bundesarbeitsgericht 3. Senat

Urteil vom 20. August 2013
- 3 AZR 374/11 -

I. Arbeitsgericht München

Endurteil vom 19. Juli 2010
- 8 Ca 14279/09 -

II. Landesarbeitsgericht München

Urteil vom 27. Januar 2011
- 5 Sa 927/10 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Betriebliche Altersversorgung - Versorgungsvertrag - betriebliche Übung

Gesetz:

BetrAVG § 1

Leitsätze:

keine

Hinweis des Senats:

(teilweise) Parallelentscheidung zu führender Sache - 3 AZR 610/11 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



3 AZR 374/11
5 Sa 927/10
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. August 2013

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. August 2013 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Spinner, die



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Ahrendt sowie die ehrenamtlichen Richter Wischnath und Brunke für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 27. Januar 2011 - 5 Sa 927/10 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte verurteilt wird, der Klägerin mit Wirkung vom 1. November 2009 den Abschluss eines Versorgungsvertrags mit dem vom Arbeitsgericht München im Urteil vom 19. Juli 2010 - 8 Ca 14279/09 - tenorierten Wortlaut mit der sprachlichen Maßgabe, dass sich das Angebot der Beklagten an eine Mitarbeiterin richtet und mit folgenden inhaltlichen Änderungen anzubieten: In § 3 muss es anstelle von „Art. 56 Abs. 1 Satz 2 BayBG“ „Art. 65 Abs. 1 BayBG“, in § 4 Abs. 3 anstelle von „Art. 56 Abs. 5 BayBG“ „Art. 64 BayBG“, in § 5 Abs. 2 Buchst. c anstelle von „Art. 56 Abs. 1 Satz 3 und 4 BayBG sowie des Art. 59 BayBG“ „Art. 65 Abs. 2 und Abs. 4 BayBG sowie des § 29 BeamStG“, in § 7 Abs. 4 anstelle von „§§ 1587 ff. BGB“ „§ 1587 BGB“ und in § 10 anstelle von „§ 1“ „§ 1b“ heißen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin Anspruch darauf hat, dass die Beklagte ihr den Abschluss eines ihren Arbeitsvertrag ergänzenden Vertrags über eine Versorgung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen anbietet, der zudem einen Anspruch auf Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall und auf Beihilfe sowie einen besonderen Kündigungsschutz beinhaltet.

Die im Juni 1973 geborene Klägerin ist seit dem 1. Oktober 1999 bei der Beklagten als Bankangestellte (*Tarifangestellte*) beschäftigt.

Die Beklagte, eine Anstalt des öffentlichen Rechts, vereinbarte ab dem Jahr 1972 Versorgungsverträge mit nahezu allen Mitarbeitern nach 20-jähriger Tätigkeit im Bankgewerbe, davon mindestens zehn Jahre bei der Beklagten



oder ihren Rechtsvorgängerinnen, sofern sie gute Beurteilungen erhalten hatten und ihr Gesundheitszustand eine vorzeitige Zurrufsetzung nicht erwarten ließ. Das wurde im Unternehmen der Beklagten auch verlautbart, ua. in einem sog. Mitarbeiterhandbuch, einer „Personal-Information“ vom 28. Oktober 1994 sowie in im Intranet befindlichen Präsentationen.

Das zur Vereinbarung des Versorgungsvertrags verwendete Vertragsmuster wurde von der Beklagten im Laufe der Jahre zwar abgewandelt, allerdings blieb der Inhalt des Versorgungsvertrags in seinem prägenden Kern, nämlich der Versorgung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen, der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Beihilfe oder Unfallfürsorge in entsprechender Anwendung der jeweils für die bayerischen Staatsbeamten geltenden Regelungen sowie dem besonderen Kündigungsschutz unverändert.

Am 22. Januar 2009 beschloss der Vorstand der Beklagten im Zuge von Umstrukturierungen, die ua. durch die seinerzeitige Finanzkrise veranlasst waren, keine Versorgungsverträge mehr zu vereinbaren. Den Mitarbeitern, die im Jahr 2009 regulär zur „Verleihung des Versorgungsrechts“ angestanden hätten - so auch der Klägerin -, schrieb die Beklagte unter dem 18. März 2009, der Vorstand sehe sich gezwungen, bis auf Weiteres keine Versorgungsrechte mehr zu erteilen. Am 21. Juli 2009 beschloss der Verwaltungsrat, die Vergabe von Versorgungsrechten endgültig einzustellen und die betriebliche Altersversorgung insgesamt auf ein beitragsorientiertes System umzustellen.

Die Klägerin, die am 14. Oktober 2009 die erforderliche Beschäftigungszeit von 20 Jahren absolviert hatte, hat die Beklagte mit ihrer am 21. September 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage auf Abgabe eines Angebots zur Vereinbarung des Versorgungsrechts ua. aufgrund betrieblicher Übung in Anspruch genommen.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, ihr mit Wirkung zum 1. November 2009 folgende Versorgungszusage anzubieten:



§ 1. Zusage.

Die Bank gewährt der Mitarbeiterin Leistungen bei Krankheit, Dienstunfähigkeit und im Alter sowie ihren Hinterbliebenen (Witwern und Waisen) Versorgungsleistungen nach Maßgabe dieses Vertrags.

§ 2. Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall.

Bei Krankheit hat die Mitarbeiterin Anspruch auf Fortzahlung der Bezüge und auf Beihilfe oder Unfallfürsorge in entsprechender Anwendung der jeweils für die bayerischen Staatsbeamten geltenden Regelungen.

§ 3. Langandauernde Krankheit.

Bei langandauernder Krankheit kann die Mitarbeiterin in entsprechender Anwendung des Art. 56 Abs. 1 Satz 2 BayBG in den Ruhestand versetzt werden. Die Versetzung in den Ruhestand erfolgt zum Ende des Monats, in welchem die Dienstunfähigkeit festgestellt wird, frühestens jedoch mit Ablauf des 182. Kalendertages nach Krankheitsbeginn. Vom Beginn der Ruhestandsversetzung an erhält die Versorgungsberechtigte Versorgungsbezüge nach § 6 Abs. 1. Für eine erneute Berufung ins aktive Arbeitsverhältnis finden die für die bayerischen Staatsbeamten geltenden Regelungen entsprechende Anwendung.

§ 4. Eintritt in den Ruhestand.

(1) Das Arbeitsverhältnis ist auf unbestimmte Dauer geschlossen.

(2) Das Arbeitsverhältnis endet mit der Folge des Eintritts der Mitarbeiterin in den Ruhestand, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit Ablauf des Monats, in dem die Mitarbeiterin das nach der jeweiligen gesetzlichen Regelung für die bayerischen Staatsbeamten geltende Lebensalter für die Erfüllung der Altersgrenze vollendet oder mit Ablauf des Monats, in dem die Mitarbeiterin nach den jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen eine Rente wegen voller Erwerbsminderung oder eine Altersrente von der gesetzlichen Rentenversicherung bezieht. Gewährt der Rentenversicherungsträger nur eine Rente auf Zeit, ruht der Arbeitsvertrag für den Bewilligungszeitraum dieser Rente, längstens jedoch bis zum Beendigungszeitpunkt nach diesem Absatz 2 Satz 1. Im Falle des Ruhens des Arbeitsvertrages nach Satz 2 gewährt die Bank Versorgungsbezüge nach § 6 dieses Vertrages.



(3) Die Mitarbeiterin kann auf ihren Antrag zu einem früheren Zeitpunkt in den Ruhestand versetzt werden, wenn sie das in Art. 56 Abs. 5 BayBG festgelegte Lebensalter vollendet hat (derzeit: 64. Lebensjahr, bei Schwerbehinderung 60. Lebensjahr).

§ 5. Vertragskündigung.

(1) Die Mitarbeiterin kann ihren Arbeitsvertrag mit der Bank mit 6monatiger Frist zum Monatsende kündigen. In diesem Falle erlöschen die Anwartschaften aus dieser Versorgungszusage; etwaige unverfallbare Anwartschaften der Versorgungsberechtigten und ihrer Hinterbliebenen auf Versorgungsleistungen im Alter und bei Dienstunfähigkeit nach den Vorschriften des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung bleiben unberührt. Für die fristlose Kündigung aus wichtigem Grund gelten die gesetzlichen Vorschriften.

(2) Die Bank kann den Arbeitsvertrag mit der Folge der Vertragsbeendigung oder Ruhestandsversetzung nur aus folgenden Gründen und nur unter Beachtung folgender Regelungen kündigen:

a) Kündigung aus wichtigem Grund:

aa) Wenn der wichtige Grund in einem grob schuldhaften Verhalten der Mitarbeiterin liegt, kann die Bank den Arbeitsvertrag frist- und entschädigungslos kündigen. In diesem Falle erlöschen die Ansprüche aus dieser Versorgungszusage.

bb) Wenn der wichtige Grund nicht in einem grob schuldhaften Verhalten der Mitarbeiterin liegt, kann die Bank die Mitarbeiterin durch Kündigung mit 6monatiger Frist zum Monatsende in den Ruhestand versetzen.

b) Kündigung wegen organisatorischer Veränderungen:

Bei einer Eingliederung der Bank in eine andere juristische Person, bei Zusammenschluss der Bank mit einer anderen juristischen Person oder bei einer anderen wesentlichen organisatorischen Veränderung der Bank kann die Bank die Mitarbeiterin durch Kündigung mit 6monatiger Frist zum Monatsende nach ihrem Ermessen entweder in den Ruhestand oder bis zu seiner Wiederverwendung in einer gleich zu bewertenden, unter Umständen auch auswärtigen Stelle der Bank bzw. ihrer Rechtsnachfolgerin, in den einstweiligen Ruhestand versetzen.

c) Wegen Dienstunfähigkeit:



Die Bank kann die Mitarbeiterin durch Kündigung mit 3monatiger Frist zum Quartalsschluss in den Ruhestand versetzen, wenn sie infolge eines Gebrechens oder einer Schwäche ihrer körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung ihrer dienstlichen Obliegenheiten dauernd unfähig ist. Die Regelung des Art. 56 Abs. 1 Satz 3 und 4 BayBG sowie des Art. 59 BayBG gelten entsprechend.

§ 6. Höhe der Versorgungsbezüge.

(1) Die Bank verpflichtet sich, der Mitarbeiterin im Versorgungsfall (§ 3, § 4 und § 5 Abs. 2 a bb, b und c) ein Ruhegehalt zu gewähren, das entsprechend den jeweils für bayerische Staatsbeamte geltenden Vorschriften berechnet wird. Ruhegehaltfähiger Dienstbezug im Sinne des Beamtenversorgungsgesetzes ist das Grundgehalt, das der Mitarbeiterin auf der Grundlage des vor dem Eintritt in den Ruhestand maßgeblichen Tarifvertrages zuletzt gezahlt wird. Laufende Zulagen sind nur dann versorgungsfähig, wenn diese ausdrücklich als versorgungsfähig bezeichnet sind. Als ruhegehaltfähige Dienstzeiten gelten

- a) die Zeit der Arbeitsleistung für die Bank, eines ihrer Vorgängerinstitute oder eine andere Bank im Sinne des Kreditwesengesetzes,
- b) die Zeit der Arbeitsleistung für einen anderen Arbeitgeber, sofern die dortige Tätigkeit mit der Tätigkeit in der Bank vergleichbar ist, zur Hälfte,
- c) vorher zurückgelegte Zeiten, soweit sie nach den für bayerische Staatsbeamte jeweils geltenden Vorschriften berücksichtigungsfähig sind.

Der Anspruch auf Beihilfe im Krankheitsfalle in entsprechender Anwendung der für die bayerischen Staatsbeamten geltenden Vorschriften besteht fort. Beamtenrechtliche Vorschriften für allgemeine und strukturelle Anpassungen der Versorgungsbezüge, insbesondere § 70 Beamtenversorgungsgesetz oder eine diese Vorschriften ersetzende Regelung, finden keine Anwendung; § 11 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 dieser Versorgungszusage über die lineare Anpassung entsprechend dem Tarifvertrag bleiben unberührt.

(2) Ein Doppelanspruch auf Versorgungsbezüge und Aktivbezüge ist ausgeschlossen. Bei einer Beschäftigung über das in § 4 Abs. 2 Satz 1 genannte Lebensalter hinaus ruht der Anspruch auf Versorgungsbezüge. Dienstzeiten nach Vollendung des in § 4 Abs. 2 Satz 1 genannten Lebensalters werden nicht angerechnet und führen somit



nicht zu einer Erhöhung der Versorgungsbezüge.

(3) Die Hinterbliebenen der Versorgungsberechtigten erhalten Hinterbliebenenversorgung in entsprechender Anwendung der für die Hinterbliebenen von bayerischen Staatsbeamten und Ruhestandsbeamten geltenden Vorschriften.

(4) Die Versorgungsbezüge werden jährlich 12mal gewährt. ...

§ 7. Anrechnung.

(1) Auf das Ruhegehalt werden angerechnet:

a) Leistungen aus der Renten- oder Gruppenrentenversicherung;

b) Versorgungsbezüge aus unverfallbaren Versorgungsanwartschaften nach dem Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung sowie sonstige Renten und Versorgungsleistungen aus Zusatzversorgungseinrichtungen (z.B. des Versicherungsvereins des Bankgewerbes a.G. oder der Zusatzversorgungskasse der Bayerischen Gemeinden), wenn diese mindestens zur Hälfte auf Beiträgen oder Zuschüssen früherer Arbeitgeber beruhen und auf Zeiten entfallen, die in die Berechnung der ruhegehaltstfähigen Dienstzeiten einbezogen werden;

c) Leistungen aus einer berufsständischen Versorgungseinrichtung oder einer befreienden Lebensversicherung, zu denen der Arbeitgeber mindestens die Hälfte der Beiträge oder Zuschüsse in dieser Höhe geleistet hat;

d) Verletztenrenten in dem jeweils zur Zeit der Anrechnung höchstzulässigen Umfang.

(2) Absatz 1 gilt für die Anrechnung auf die Hinterbliebenenbezüge entsprechend.

(3) Soweit anrechenbare Renten oder Versorgungsleistungen deshalb nicht gewährt werden, weil

a) ihnen zugrundeliegende Beitragsleistungen (insbesondere Beiträge, Zuschüsse) erstattet wurden,

b) sie nicht beantragt worden sind oder auf die verzichtet wurde oder an ihrer Stelle eine Kapitalleistung oder Abfindung gezahlt wurde, so tritt an die Stelle der Rente oder Versorgungsleistung der Betrag, der vom Leistungsträger ansonsten zu zahlen wäre.

(4) Renten, Rentenerhöhungen und Rentenminderungen aufgrund eines Versorgungsausgleichs nach §§ 1587 ff. BGB bleiben unberücksichtigt.



(5) Auf die Hinterbliebenenbezüge werden die Hinterbliebenenrenten aus der gesetzlichen Rentenversicherung auch insoweit angerechnet, als sie nach den Bestimmungen des § 97 SGB VI in der jeweils geltenden Fassung ruhen.

(6) Darüber hinaus werden andere Bezüge lediglich insoweit auf die Versorgungsbezüge nach diesem Vertrag angerechnet, als sie auch nach den für bayerische Staatsbeamte jeweils geltenden Ruhens-, Anrechnungs- und Kürzungsvorschriften auf die Versorgungsbezüge anzurechnen wären.

§ 8. Unfallfürsorge.

(1) Die Bank gewährt der Mitarbeiterin Unfallfürsorge in entsprechender Anwendung der für die bayerischen Staatsbeamten geltenden Unfallfürsorgevorschriften.

(2) Die Mitarbeiterin verpflichtet sich, einen etwaigen gesetzlichen Schadensersatzanspruch, der ihr wegen einer Körperverletzung gegen einen Dritten zusteht, insoweit an die Bank abzutreten, als diese während einer auf Körperverletzung beruhenden Aufhebung der Arbeitsfähigkeit oder infolge der Körperverletzung zur Gewährung von Leistungen (Aktivitäts- und Versorgungsbezüge) verpflichtet ist.

(3) Steht wegen einer Körperverletzung oder Tötung der Mitarbeiterin deren Hinterbliebenen ein gesetzlicher Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten zu, so kann die Bank die Gewährung der Hinterbliebenenbezüge insoweit von der Abtretung des Schadensersatzanspruchs abhängig machen als sie infolge der Körperverletzung oder Tötung zur Gewährung einer Versorgung oder sonstigen Leistung verpflichtet ist.

§ 9. Sozialversicherung.

Die Mitarbeiterin wird sich unbeschadet der Versorgungszusage freiwillig weiterversichern, sofern dies nach § 7 SGB VI zulässig ist und solange und soweit die Bank dies verlangt. Die Bank übernimmt in diesem Fall den Arbeitnehmeranteil zur Rentenversicherung. Die auf diesen Anteil entfallende Steuer und evtl. Sozialversicherungsbeiträge gehen zu Lasten der Mitarbeiterin.

§ 10. Unverfallbarkeit.

Die Vorschriften des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung bleiben unberührt; die Unverfallbarkeitsfrist nach § 1 dieses Gesetzes beginnt mit dem



Eintritt in die Bank, bei Unterbrechung des Dienstverhältnisses mit dem letzten Wiedereintritt in die Bank.

§ 11. Ergänzende Bestimmungen.

(1) Für die Anpassung der Versorgungsbezüge gelten die jeweils für die Bezahlung der Tarifangestellten maßgeblichen Festsetzungen des Tarifvertrages entsprechend. Die Anpassung der Versorgungsbezüge erfolgt, wenn die Gehälter des Tarifvertrages allgemein geändert werden. Im übrigen gelten zusätzlich die jeweils für die Versorgung der bayerischen Staatsbeamten maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften mit Ausnahme der Vorschriften über das Übergangsgeld und das Besoldungsdienstalter entsprechend.

(2) Wenn die in diesem Vertrag enthaltenen Bestimmungen keinen Aufschluss geben, wird der betreffende Punkt in einer zusätzlichen Vereinbarung zwischen der Versorgungsberechtigten und der Bank geregelt. Über diesen Vertrag hinausgehende Vereinbarungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, für das Begehren bestehe keine Anspruchsgrundlage. 8

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist hat die Beklagte geltend gemacht, die Klägerin habe im Zeitpunkt des Ablaufs ihrer 20-jährigen Wartezeit die Anforderungen an die gesundheitliche Eignung nicht erfüllt. Sie sei im Jahr 2005 an 32 Arbeitstagen/43 Kalendertagen, im Jahr 2006 an 39 Arbeitstagen/56 Kalendertagen, im Jahr 2007 an 33 Arbeitstagen/38 Kalendertagen, im Jahr 2008 an 38 Arbeitstagen/43 Kalendertagen, im Jahr 2009 an 70 Arbeitstagen/86 Kalendertagen und im Jahr 2010 an 152 Arbeitstagen/214 Kalendertagen arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Die Klägerin leide an einer schweren psychischen Erkrankung. Deshalb müsse mit einer vorzeitigen Zurruesetzung gerechnet werden. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision. 9



Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben der Klage zu 10
Recht stattgegeben. Die zulässige Klage ist begründet. Die Klägerin hat aufgrund betrieblicher Übung einen Anspruch darauf, dass die Beklagte ihr mit Wirkung vom 1. November 2009 den Abschluss eines Versorgungsvertrags mit dem aus dem Tenor des arbeitsgerichtlichen Urteils ersichtlichen Inhalt mit den vom Senat vorgenommenen Modifikationen anbietet.

I. Die Klage auf Abgabe eines Angebots auf Abschluss eines Versor- 11
gungsvertrags ist zulässig. Der Klageantrag ist iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt und für die Klage auf Abgabe eines Angebots auf Abschluss eines Versorgungsvertrags besteht auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Dies hat der Senat in mehreren rechtlich gleich gelagerten Fällen entschieden und ausführlich begründet (*vgl. etwa BAG 15. Mai 2012 - 3 AZR 610/11 - Rn. 24 ff.*). Hierauf wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen.

II. Die Klage ist auch begründet. Die Klägerin hat aus betrieblicher Übung 12
einen Anspruch darauf, dass die Beklagte ihr zum 1. November 2009 einen Versorgungsvertrag anbietet. Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses der Klägerin bei der Beklagten am 1. Oktober 1999 bestand bei dieser eine betriebliche Übung, wonach die Beklagte allen Mitarbeitern, die mindestens 20 Jahre im Bankgewerbe beschäftigt waren, davon mindestens zehn Jahre bei der Beklagten, die eine gute Beurteilung durch ihre Vorgesetzten erhalten hatten und in einer gesundheitlichen Verfassung waren, die eine vorzeitige Zuruhesetzung nicht erwarten ließ, den Abschluss eines Versorgungsvertrags anbot (*vgl. ausführlich BAG 15. Mai 2012 - 3 AZR 610/11 - Rn. 64 ff.*). Aus dieser betrieblichen Übung hat die Klägerin, die am 14. Oktober 2009 sämtliche Voraussetzungen erfüllte, einen Anspruch darauf, dass die Beklagte auch ihr ein Angebot



auf Abschluss eines Versorgungsvertrags unterbreitet. Die Klägerin erfüllte insbesondere auch die Voraussetzung einer gesundheitlichen Verfassung, die eine vorzeitige Zuruhesetzung nicht erwarten ließ.

1. Das Landesarbeitsgericht hat im Tatbestand des angefochtenen Urteils festgestellt, dass die Klägerin am 14. Oktober 2009 die Wartezeit erfüllt hat und die Voraussetzungen „gute Leistung und Führung“ und gesundheitliche Eignung gegeben sind (*Seite 10 vorletzter Absatz des angefochtenen Urteils*). Es kann dahinstehen, ob der Senat an diese tatrichterlichen Feststellungen und Würdigungen gebunden ist, da es an einem hiergegen gerichteten zulässigen und begründeten Revisionsangriff der Beklagten fehlt (§ 559 Abs. 2 ZPO) und ob der erstmals in der Revisionsinstanz nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist gehaltene Vortrag der Beklagten zu den krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin ab dem Jahr 2005 sowie der Art ihrer Erkrankung unbeachtlich ist oder ob er ausnahmsweise als unstreitiger Sachvortrag berücksichtigt werden kann (*vgl. hierzu BAG 22. Mai 2012 - 1 AZR 94/11 - Rn. 25; 24. Juli 2001 - 3 AZR 716/00 - zu B III 2 der Gründe*). Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, die Würdigung des Landesarbeitsgerichts zum Vorliegen der gesundheitlichen Eignung der Klägerin infrage zu stellen. Es rechtfertigt nicht die Annahme, dass die gesundheitliche Verfassung der Klägerin bei Ablauf der Wartezeit eine vorzeitige Zuruhesetzung nach den Regelungen des anzubietenden Versorgungsvertrags erwarten ließ.

13

a) Nach § 3 Satz 1 des begehrten Versorgungsvertrags kann die Mitarbeiterin in entsprechender Anwendung des Art. 65 Abs. 1 BayBG in den Ruhestand versetzt werden. Nach Art. 65 Abs. 1 BayBG können Beamtinnen als dienstunfähig angesehen werden, wenn sie infolge einer Erkrankung innerhalb von sechs Monaten mehr als drei Monate keinen Dienst geleistet haben und keine Aussicht besteht, dass sie innerhalb von weiteren sechs Monaten wieder voll dienstfähig werden. Die Versetzung in den Ruhestand erfolgt nach § 3 Satz 2 des begehrten Versorgungsvertrags zum Ende des Monats, in

14



welchem die Dienstunfähigkeit festgestellt wird, frühestens jedoch mit Ablauf des 182. Kalendertages nach Krankheitsbeginn. Nach § 5 Abs. 2 Buchst. c des begehrten Versorgungsvertrags kann die Beklagte die Mitarbeiterin durch Kündigung mit 3monatiger Frist zum Quartalsschluss in den Ruhestand versetzen, wenn sie infolge eines Gebrechens oder einer Schwäche ihrer körperlichen oder geistigen Kräfte zur Erfüllung ihrer dienstlichen Obliegenheiten dauernd unfähig ist.

b) Die von der Beklagten vorgetragene Arbeitsunfähigkeitszeiten der Klägerin seit dem Jahr 2005 bis zum Zeitpunkt der Erfüllung der 20-jährigen Wartezeit sowie die Art ihrer Erkrankung rechtfertigen nicht die Annahme, dass mit einer vorzeitigen Zurruesetzung der Klägerin zu rechnen ist. 15

Bei den Krankheitszeiten bis Ende Oktober 2009 handelt es sich ausschließlich um Kurzerkrankungen, die sich zum Teil auf einzelne oder wenige Tage beschränkten. Lediglich im Dezember 2006/Januar 2007 war die Klägerin fünf Wochen lang und von Ende Januar 2009 bis Anfang März 2009 sechs Wochen lang durchgehend arbeitsunfähig erkrankt. Diese Zeiten der Arbeitsunfähigkeit erreichen bei weitem nicht das nach Art. 65 Abs. 1 BayBG und § 3 des begehrten Versorgungsvertrags für eine vorzeitige Zurruesetzung erforderliche Ausmaß. Zwar müssen die Voraussetzungen für eine vorzeitige Zurruesetzung nicht bereits bei Ablauf der 20-jährigen Wartezeit erfüllt sein, damit die Beklagte von dem Angebot auf Abschluss eines Versorgungsvertrags wegen fehlender gesundheitlicher Eignung des Mitarbeiters absehen darf. Vielmehr müssen Umstände vorliegen, aufgrund derer bei Ablauf der 20-jährigen Wartezeit zu prognostizieren ist, dass diese Voraussetzungen künftig eintreten werden. Dazu genügen jedoch allein häufige Kurzerkrankungen in dem bei der Klägerin bis zum Ablauf der Wartezeit erreichten Ausmaß nicht. Sie lassen nicht den Schluss darauf zu, dass künftig mit Fehlzeiten in dem nach Art. 65 Abs. 1 BayBG und § 3 des begehrten Versorgungsvertrags für eine vorzeitige Zur- 16



ruhesetzung erforderlichen Umfang gerechnet werden muss. Arbeitsunfähigkeitszeiten nach der Erfüllung der Wartezeit sind für die zu diesem Zeitpunkt zu beurteilende gesundheitliche Eignung unerheblich.

Auch die Art der Erkrankung der Klägerin rechtfertigt nicht die Annahme, dass eine vorzeitige Zurruesetzung zu besorgen ist. Nach der von der Beklagten vorgelegten ärztlichen Bescheinigung leidet die Klägerin an einer rezidivierenden depressiven Störung. Die Beklagte hat keinen Sachvortrag dazu gehalten und es ist auch sonst nicht erkennbar, dass es sich hierbei um eine nicht behandelbare Erkrankung oder um eine Krankheit handelt, die erfahrungsgemäß zur Dienstunfähigkeit führen kann.

17

2. Die Klägerin hat aufgrund betrieblicher Übung iVm. dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einen Anspruch darauf, dass die Beklagte ihr einen Versorgungsvertrag mit einem Inhalt anbietet, der dem Inhalt des von der Beklagten zuletzt für die Tarifangestellten verwendeten Vertragsmusters entspricht, allerdings mit der sprachlichen Maßgabe, dass sich das Angebot der Beklagten an eine Mitarbeiterin richtet und folgende inhaltliche Änderungen vorgenommen werden: In § 3 muss es anstelle von „Art. 56 Abs. 1 Satz 2 BayBG“ „Art. 65 Abs. 1 BayBG“, in § 4 Abs. 3 anstelle von „Art. 56 Abs. 5 BayBG“ „Art. 64 BayBG“, in § 5 Abs. 2 Buchst. c anstelle von „Art. 56 Abs. 1 Satz 3 und 4 BayBG sowie des Art. 59 BayBG“ „Art. 65 Abs. 2 und Abs. 4 BayBG sowie des § 29 BeamStG“, in § 7 Abs. 4 anstelle von „§§ 1587 ff. BGB“ „§ 1587 BGB“ und in § 10 anstelle von „§ 1“ „§ 1b“ heißen.

18

Zwar hat die Beklagte die von ihr vorformulierten Vertragstexte zur Vereinbarung von Versorgungsrechten im Laufe der Zeit weiterentwickelt. Die Klägerin kann jedoch als Tarifangestellte aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes verlangen, ebenso wie die Tarifangestellten behandelt zu werden, mit denen zuletzt Versorgungsrechte vereinbart wurden. Soweit das von der Klägerin herangezogene Vertragsmuster zum Teil veraltete

19



gesetzliche Regelungen enthält und - wie hier - vom Arbeitsgericht versehentlich das für Mitarbeiter und nicht das für Mitarbeiterinnen vorgesehene Formular zugrunde gelegt wurde, war dies vom Senat entsprechend zu korrigieren.

III. Die Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu 20
tragen.

Gräfl

Spinner

Ahrendt

Wischnath

Brunke

