

Aktenzeichen: 6 AZR 242/09
Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 17. Dezember 2009
- 6 AZR 242/09 -

I. Arbeitsgericht
Passau

Endurteil vom 28. November 2007
- 1 Ca 1130/07 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 3. März 2009
- 6 Sa 110/08 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Aufhebungsvertrag - Gleichbehandlung

Gesetze:

BGB § 125 Satz 1, § 126 Abs. 2 Satz 1, § 623; ZPO § 894 Satz 1

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren teilweisen Parallelsachen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarBEITSGERICHT



6 AZR 242/09
6 Sa 110/08
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. Dezember 2009

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Dezember 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, den Richter am Bundesarbeitsgericht



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Dr. Brühler, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge sowie die ehrenamtlichen Richter Gebert und Knauß für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 3. März 2009 - 6 Sa 110/08 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Der Kläger verlangt von der Beklagten die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und die Zahlung einer Abfindung. 1

Die Beklagte ist eine Versicherungsgesellschaft. Der im Jahr 1947 geborene Kläger ist bei ihr seit Oktober 1983 als Außendienstmitarbeiter beschäftigt. Am 10. April 1990 schlossen die Beklagte und der bei ihr errichtete Gesamtbetriebsrat für die Angestellten des Außendienstes und des Innendienstes der Geschäftsstellen der Beklagten einen Interessenausgleich und Sozialplan. Im Jahr 2006 verständigten sie sich in einer Rahmenbetriebsvereinbarung auf eine Neuorganisation des Vertriebs. In der Anlage 7 dieser Rahmenbetriebsvereinbarung („Sofortaktion“) heißt es ua.: 2

„1. Zielsetzung

Durch die zeitlich befristete (nach derzeitigen Planungen Zeitraum 1.12.2006 - 31.3.2007) „Sofortaktion“ soll Planungssicherheit sowohl für die betroffenen Mitarbeiter/-innen als auch die Gesellschaft geschaffen werden, indem Mitarbeitern/-innen, die bereit sind, die H gegen Zahlung einer Abfindung zu verlassen oder in ein Vertragsverhältnis als selbständiger Vermittler zu wechseln, durch die Zahlung einer zusätzlichen Entscheidungsprämie neben der Abfindung gem. Sozialplan ein Anreiz für eine schnelle Entscheidung und Annahme des Angebotes geboten wird.



...

Die Vereinbarung gilt für den Innen- und Außendienst.

2. Höhe der „Entscheidungsprämien“ in Ergänzung zu der Abfindung gem. Sozialplan

Die Abfindung gem. Sozialplan erhöht sich im Rahmen der „Sofortaktion“ wie folgt:

- um 50% bei einer Entscheidung und Annahme des Angebotes innerhalb von zwei Monaten (nach derzeitigem Planungsstand Beginn der Sofortaktion 1.12.2006, Annahme des Angebotes somit bis zum 31.1.2007 erforderlich).
- um 30% bei einer Entscheidung und Annahme des Angebotes innerhalb von vier Monaten (nach derzeitigem Planungsstand Beginn der Sofortaktion 1.12.2006, Annahme des Angebotes somit bis zum 31.3.2007 erforderlich).

3. Abwicklung der Sofortaktion / Entscheidungsvorbehalt der Gesellschaft

...

Bei der Entscheidungsfindung über die Anwendung der vorstehenden Maßnahmen wird die Gesellschaft im Sinne des in den Sozialplänen beschriebenen Grundkonsenses mit dem GBR die Interessenlage der Betroffenen in den Vordergrund stellen, behält sich allerdings eine endgültige Zustimmung im jeweiligen Einzelfall vor.“

In einem Schreiben vom 1. Dezember 2006 unterrichteten der Vorstand der Beklagten und der Gesamtbetriebsrat alle Innendienst- und Außendienst-Angestellten der HS (HS) und der D (D) über die von ihnen vereinbarte Sofortaktion und fügten einen Fragebogen bei. Sie teilten ua. Folgendes mit:

„Fragebogen zu Sofortaktion und SPK-Gesprächsbedarf

Um Ihre Vorstellungen im Zusammenhang mit dem Projekt „Strategie HS/D“ kennen zu lernen und der Sozialplan-Kommission (SPK) die Durchführung der personellen Einzelmaßnahmen zu erleichtern, haben wir den beigefügten Fragebogen entwickelt, mit dem Sie Ihre Interessen im Vorwege darstellen und Ihren Bedarf für ein

3



Gespräch mit der SPK anmelden können.

In diesem Zusammenhang möchten wir Sie auf die Durchführung einer Sofortaktion aufmerksam machen, die zwischen dem Vorstand und dem Gesamtbetriebsrat vereinbart wurde.

Hiermit sollen diejenigen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen angesprochen werden, die daran interessiert sind, bereits im Vorwege der Umsetzung der personellen Einzelmaßnahmen durch die SPK

- gegen Zahlung einer Abfindung zuzüglich einer „Entscheidungsprämie“ aus dem Angestelltenverhältnis der H auszuscheiden. Bei der Entscheidung zur Annahme eines Abfindungsangebots bis zum 15.02.2007 wird der übliche Abfindungsbetrag um 50%, bei einer Entscheidung bis zum 13.04.2007 um 30% erhöht.
- den betrieblichen Vorruhestand in Anspruch zu nehmen, sofern die persönlichen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.
- die tarifliche Altersteilzeit in Anspruch zu nehmen, sofern die persönlichen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.
- an einen anderen Standort innerhalb der H oder des ERGO-Konzerns zu wechseln, wofür zwischen H und dem Gesamtbetriebsrat ein „Mobilitätspaket“ vereinbart wurde.

...“

Am Ende des dem Schreiben vom 1. Dezember 2006 beigelegten Fragebogens wird in Fettdruck darauf hingewiesen, dass die im Fragebogen gemachten Angaben keinerlei Anspruch auf eine der genannten Maßnahmen begründen und die endgültige Entscheidung im Einzelfall durch die Gesellschaft bzw. die Sozialplankommission getroffen wird.

Der Kläger füllte den Fragebogen am 12. Dezember 2006 aus. Er bejahte, dass er auf jeden Fall ein Gespräch mit der Sozialplankommission führen wolle, daran interessiert sei, im Rahmen der Sofortaktion gegen Zahlung einer erhöhten Abfindung (*Entscheidungsprämie*) aus dem Angestelltenverhältnis auszuscheiden und dass er eventuell den betrieblichen Vorruhestand in An-



spruch nehmen wolle. Danach führte er mehrere Gespräche mit seinem Vorgesetzten S über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses. Dieser ist Filialleiter. Ihm ist gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied oder einem anderen Prokuristen Gesamtprokura erteilt. In der Jahresabschlussversammlung Ende Dezember 2006 erläuterte er die Projektstrategie der Beklagten zur Umsetzung ihres Konzepts zur Neuorganisation des Vertriebs. Nach der Jahresabschlussversammlung nannte er dem Kläger die Abfindungssumme, die dieser bei einer Aufhebung des Arbeitsverhältnisses erhalten würde. In einem Schreiben vom 9. Februar 2007 bedankte sich die Beklagte beim Kläger für die Zusendung des ausgefüllten Fragebogens und teilte ihm mit, dass sie nach Prüfung seines Anliegens sein Gesuch ablehnt. In seinem an die Beklagte und den Gesamtbetriebsrat gerichteten Schreiben vom 15. Februar 2007 wies der Kläger auf seine Gespräche mit seinem Vorgesetzten S über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses hin. Abschließend bat er um eine baldige und ausführliche Antwort.

Der Kläger hat gemeint, er habe mit der Beklagten einen Vorvertrag über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und die Zahlung einer Abfindung iHv. 174.000,00 Euro geschlossen. Dieser Vorvertrag habe nicht der Schriftform des § 623 BGB bedurft und sei dadurch zustande gekommen, dass er das Angebot der Beklagten im Schreiben vom 1. Dezember 2006 auf Aufhebung des Arbeitsverhältnisses angenommen habe. Im Übrigen habe sein Vorgesetzter S das Angebot der Beklagten zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags in der Jahresabschlussversammlung Ende Dezember 2006 mittels einer an die Wand geworfenen Projektion offiziell und verbindlich wiederholt. Sein Vorgesetzter S habe jedenfalls als Bote der Beklagten deren Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags überbringen und seine Annahmeerklärung der Beklagten übermitteln können. Im Übrigen habe er die Annahme des Angebots der Beklagten in seinem Schreiben vom 15. Februar 2007 eindeutig erklärt. Schließlich sei die Beklagte aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes verpflichtet, mit ihm die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren und an ihn eine Abfindung iHv. 174.000,00 Euro zu zahlen. Die Beklagte habe mit einer Vielzahl von Arbeitnehmern in

6



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



- 6 -

vergleichbarer Lage die Aufhebung der Arbeitsverhältnisse vereinbart und ihnen Abfindungen gezahlt.

Der Kläger hat im Berufungsverfahren beantragt:

7

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 174.000,00 Euro Zug um Zug gegen Abschluss eines Aufhebungsvertrags des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinsatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.
2. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte mit der Abgabe der Willenserklärung auf Abschluss eines entsprechenden Aufhebungsvertrags wie in Ziff. 1 bezeichnet in Verzug befindet.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, sie habe mit dem Kläger die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses nicht in einem Vorvertrag vereinbart. Im Übrigen hätte auch ein Vorvertrag über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses der Schriftform des § 623 BGB bedurft, die nicht eingehalten sei. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichte sie nicht zum Abschluss des vom Kläger begehrten Aufhebungsvertrags und zur Zahlung der von ihm beanspruchten Abfindung.

8

Die Vorinstanzen haben die Klageansprüche als unbegründet abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch zu 1. weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision des Klägers zurückzuweisen.

9

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, mit dem Kläger einen Aufhebungsvertrag abzuschließen und an ihn eine Abfindung iHv. 174.000,00 Euro zu zahlen. Die Vorinstanzen haben die Klage deshalb zu Recht abgewiesen.

10



- I. Die Klage ist zulässig. 11
1. Der Klageantrag bedarf allerdings der Auslegung. Dem Wortlaut des Antrags nach begehrt der Kläger die Zahlung der beanspruchten Abfindung Zug um Zug gegen Abschluss eines Aufhebungsvertrags. Die beantragte Zug-um-Zug-Verurteilung wird allerdings dem aus der Klagebegründung ersichtlichen Klagebegehren nicht gerecht, mit dem der Kläger die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer Abfindung iHv. 174.000,00 Euro erreichen will. 12
- Den Abschluss eines Aufhebungsvertrags kann der Kläger allein nicht herbeiführen. Dazu bedarf es eines Antrags und einer Annahmeerklärung (§§ 145, 146, 147 BGB). Ein schriftliches, hinreichend bestimmtes Angebot der Beklagten zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags, das der Kläger annehmen könnte, liegt nicht vor. Da der Kläger einen Aufhebungsvertrag will, ist sein Antrag so zu verstehen, dass die Beklagte verurteilt werden soll, das in der Klage liegende Angebot des Klägers auf Abschluss des begehrten Aufhebungsvertrags anzunehmen (vgl. BAG 13. August 2008 - 7 AZR 513/07 - Rn. 14, EzA TzBfG § 14 Nr. 52). Mit Rechtskraft einer obsiegenden Entscheidung gälte die begehrte Willenserklärung gemäß § 894 Satz 1 ZPO als abgegeben und der Aufhebungsvertrag damit als zustande gekommen. 13
2. Der Antrag ist nicht mangels hinreichender Bestimmtheit iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unzulässig, obwohl im Klageantrag die Angabe eines Auflösungszeitpunkts fehlt. Die gesetzliche Kündigungsfrist ist bestimmbar. Sie beträgt aufgrund der Beschäftigungsdauer von mehr als 20 Jahren nach § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 BGB sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats. Würde für den Beginn der Kündigungsfrist auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils abgestellt, würde das Arbeitsverhältnis im Falle der Verurteilung der Beklagten zur Annahme des Aufhebungsantrags des Klägers erst zum 31. Juli 2010 enden mit der Folge, dass der Abfindungsanspruch erst zu diesem Zeitpunkt fällig würde und die Beklagte deshalb zur Zahlung der Abfindung nicht verurteilt werden könnte. Der Klageantrag ist deshalb so auszulegen, dass die gesetzliche Kündigungsfrist von sieben Monaten zum Monatsende mit der 14



Zustellung der Klageschrift am 17. September 2007 zu laufen begonnen und am 30. April 2008 geendet hat.

3. Der Umstand, dass der Kläger den im Berufungsverfahren gestellten Klageantrag zu 2. im Revisionsverfahren nicht mehr ausdrücklich weiter verfolgt hat, mit dem er festgestellt wissen wollte, dass sich die Beklagte mit der Abgabe der Willenserklärung zum Abschluss eines entsprechenden Aufhebungsvertrags in Verzug befindet, steht einer Entscheidung über den in der Revision noch anhängigen Klageantrag nicht entgegen. Das Landesarbeitsgericht hat den Klageantrag zu 2. zwar als unbegründet abgewiesen, obwohl der Kläger mit diesem Antrag weder ein Rechtsverhältnis noch den Teil eines Rechtsverhältnisses festgestellt haben wollte und der Antrag deshalb unzulässig war. Damit steht jedoch noch nicht rechtskräftig fest, dass die Beklagte das Angebot des Klägers zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags nicht annehmen muss, zumal aus der Begründung der Revision deutlich wird, dass die Revisionsrügen des Klägers sich auch auf die Abweisung seines Klageantrags zu 2. erstrecken.

II. Die Klage ist unbegründet. 16

1. Sie ist bereits nicht schlüssig. 17

a) In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist zwar anerkannt, dass ein auf die Annahme eines Vertragsangebots gerichteter Klageantrag nicht schon dann unbegründet ist, wenn die rückwirkende Änderung des Arbeitsverhältnisses verlangt wird. Seit Inkrafttreten des § 311a BGB idF des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 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 (vgl. BAG 15. September 2009 - 9 AZR 608/08 - Rn. 15; 16. Dezember 2008 - 9 AZR 893/07 - Rn. 21 f., AP TzBfG § 8 Nr. 27 = EzA TzBfG § 8 Nr. 23; 13. August 2008 - 7 AZR 513/07 - Rn. 14, EzA TzBfG § 14 Nr. 52). Der Kläger begehrt jedoch nicht eine Änderung des Arbeitsvertrags, sondern die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses. 18



- b) Die Arbeitsvertragsparteien können ihr Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung oder zu einem zukünftigen oder vergangenen Zeitpunkt auflösen. Eine rückwirkende Auflösungsvereinbarung ist jedoch nur dann zulässig, wenn das Arbeitsverhältnis bereits außer Vollzug gesetzt war (vgl. BAG 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260; ErfK/Müller-Glöge 10. Aufl. § 620 BGB Rn. 10; Schaub/Linck ArbR-Hdb. 13. Aufl. § 122 Rn. 16; HWK/Schmalenberg 3. Aufl. § 620 BGB Rn. 29; MünchKommBGB/Hesse 5. Aufl. Vor § 620 BGB Rn. 38; Preis/Rolfs Der Arbeitsvertrag 3. Aufl. II A 100 Rn. 74). Daran fehlt es. Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, dass die Parteien ihre wechselseitigen Hauptleistungspflichten zum 30. April 2008 eingestellt haben und das Arbeitsverhältnis damit ab dem 1. Mai 2008 außer Vollzug gesetzt war. Der Kläger hat dies auch nicht behauptet. 19
2. Aber auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis ab dem 1. Mai 2008 außer Vollzug gesetzt gewesen wäre, hätte die Klage keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Beklagte nicht kraft eines Vorvertrags verpflichtet ist, mit dem Kläger einen Aufhebungsvertrag abzuschließen. 20
- a) Entgegen der Auffassung des Klägers stellt das Schreiben vom 1. Dezember 2006 kein Angebot iSv. § 145 BGB zum Abschluss eines Vorvertrags über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses dar. Dafür, dass dieses Schreiben an alle Innendienst- und Außendienst-Angestellten der HS und D nur der Information über die „Sofortaktion“ diene, spricht bereits der Umstand, dass es gemeinsam von der Beklagten und dem Gesamtbetriebsrat an die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der HS und D gerichtet wurde. Der Inhalt des Schreibens bestätigt dieses Verständnis. Mit Formulierungen wie „... möchten wir Sie auf die Durchführung einer Sofortaktion aufmerksam machen “ oder „Um Ihre Vorstellungen ... kennen zu lernen “ haben die Beklagte und der Gesamtbetriebsrat nicht allen Innendienst- und Außendienst-Angestellten der HS und D ein Vertragsangebot gemacht, das diese annehmen konnten. Auch ist weder im Schreiben selbst noch im beigefügten Fragebogen ein konkreter Auflösungszeitpunkt oder eine bestimmte Abfindungssumme angegeben, so 21



dass die essentialia negotii fehlen. Schließlich sind im Fragebogen die in Betracht kommenden personellen Maßnahmen alternativ aufgeführt mit dem vom Schriftbild her hervorgehobenen Hinweis, dass die im Fragebogen gemachten Angaben keinerlei Anspruch auf eine der genannten Maßnahmen begründen und die endgültige Entscheidung im Einzelfall durch die Gesellschaft bzw. die Sozialplankommission getroffen wird. Dies schließt das Verständnis des Schreibens als Vertragsangebot aus.

- b) Der Kläger hat auch nicht schlüssig dargelegt, dass im Rahmen der mit seinem Vorgesetzten S geführten Gespräche zwischen der Beklagten und ihm ein mündlicher Vorvertrag über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses und die Zahlung einer Abfindung iHv. 174.000,00 Euro abgeschlossen wurde. Sein Vorgesetzter S konnte die Beklagte aufgrund der ihm gemeinsam mit einem Vorstandsmitglied oder einem anderen Prokuristen erteilten Gesamtprokura nicht allein zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags verpflichten. Soweit der Kläger behauptet, sein Vorgesetzter S sei jedenfalls als Bote aufgetreten, fehlt jede Angabe dazu, wessen Erklärungen dieser ihm übermittelt haben soll. 22
3. Ein nicht der Schriftform des § 623 BGB genügender Vorvertrag der Parteien über die Aufhebung ihres Arbeitsverhältnisses wäre zudem entgegen der Auffassung des Klägers nach § 125 Satz 1 BGB nichtig. 23
- a) Gemäß § 623 BGB bedarf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Auflösungsvertrag zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Bei einem Vertrag über die Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses muss deshalb nach § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Fehlt es an dieser durch Gesetz vorgeschriebenen Form, ist ein Aufhebungsvertrag nach § 125 Satz 1 BGB nichtig. 24
- b) § 623 BGB erfasst seinem Wortlaut nach nur die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass ein Vorvertrag, der die Parteien zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags verpflichtet, nicht der Schriftform bedarf. Zwar kann ein Vorvertrag auch dann formlos wirksam sein, wenn der Hauptver- 25



trag der Schriftform unterliegt (vgl. BGH 7. März 2007 - XII ZR 40/05 - NJW 2007, 1817; HWK/Thüsing 3. Aufl. § 611 BGB Rn. 28). Das setzt jedoch voraus, dass dem Schriftformerfordernis keine Warnfunktion, sondern lediglich eine Klarstellungs- und Beweisfunktion zukommt (BGH 7. Juni 1973 - III ZR 71/71 - BGHZ 61, 48). Dies ist beim Schriftformerfordernis für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Aufhebungsvertrag nicht der Fall. Dieses soll nach der Gesetzesbegründung zwar auch größtmögliche Rechtssicherheit gewährleisten, Beweiserhebungen über den Abschluss von Aufhebungsverträgen durch die Gerichte vermeiden und diese dadurch entlasten (BT-Drucks. 14/626 S. 11 zu Art. 2). Das Schriftformerfordernis des § 623 BGB erschöpft sich jedoch nicht in dieser Klarstellungs- und Beweisfunktion. Es bezweckt auch den Schutz der Vertragsparteien vor Übereilung und entfaltet damit eine Warnfunktion (Senat 23. November 2006 - 6 AZR 394/06 - Rn. 21, BAGE 120, 251; 19. Januar 2006 - 6 AZR 638/04 - Rn. 23, BAGE 117, 20; BAG 19. April 2007 - 2 AZR 208/06 - Rn. 30, BAGE 122, 111; ErfK/Müller-Glöge 10. Aufl. § 623 BGB Rn. 1).

c) Soweit der Kläger rügt, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht von der von ihm beantragten Beweisaufnahme über das von seinem Vorgesetzten S auf der Jahresabschlussversammlung Ende Dezember 2006 mündlich erklärte Angebot abgesehen, hilft ihm diese Rüge ungeachtet der fehlenden Vertretungsbefugnis seines Vorgesetzten deshalb auch aufgrund des Schriftformerfordernisses nicht weiter. Dies gilt ebenso für die Rüge des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht nicht gewürdigt, dass die Betriebsrätin Ha in seinem Auftrag per E-Mail vom 12. Februar 2007 das Angebot der Beklagten angenommen habe. Der Kläger hat dies erstmals in der Revisionsbegründung behauptet. Selbst wenn der Senat dieses Vorbringen bei seiner Entscheidung berücksichtigen könnte, wäre die Schriftform des § 623 BGB nicht gewahrt. Diese Vorschrift schließt die elektronische Form ausdrücklich aus.

26



4. Gegen die zutreffende Annahme des Landesarbeitsgerichts, für den Klageanspruch gebe es keine kollektivrechtliche Grundlage, richtet sich kein Angriff der Revision. 27
5. Ein Anspruch des Klägers auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags und auf eine Abfindung iHv. 174.000,00 Euro folgt schließlich entgegen seiner Ansicht auch nicht aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. 28
- a) Die Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, der ungeachtet seiner umstrittenen dogmatischen Herleitung inhaltlich durch den Gleichheitssatz bestimmt wird, knüpft an eine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers an (*ErfK/Schmidt 10. Aufl. Art. 3 GG Rn. 29 mwN*). Er gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen seiner Arbeitnehmer, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regelung gleich zu behandeln. Damit verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung. Im Bereich der Arbeitsvergütung ist er trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit anwendbar, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder einen bestimmten Zweck festlegt (*st. Rspr., vgl. BAG 15. Juli 2009 - 5 AZR 486/08 - mwN, DB 2009, 2496*). Allerdings erlaubt die Begünstigung einzelner Arbeitnehmer noch nicht den Schluss, diese bildeten eine Gruppe. Eine Gruppenbildung liegt erst dann vor, wenn die Besserstellung nach bestimmten Kriterien vorgenommen wird, die bei allen Begünstigten vorliegen. Keine Anwendung findet der Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn die Besserstellung einzelner Arbeitnehmer unabhängig von abstrakten Differenzierungsmerkmalen erfolgt. In einem solchen Fall fehlt der notwendige kollektive Bezug (*st. Rspr., vgl. BAG 29. September 2004 - 5 AZR 43/04 - AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 192 = EzA BGB 2002 § 242 Gleichbehandlung Nr. 4*). Nicht anwendbar ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz auch, wenn Leistungen oder Vergünstigungen individuell vereinbart werden. Dies beruht darauf, dass die Vertragsfreiheit Vorrang vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz



genießt (BAG 13. August 2008 - 7 AZR 513/07 - Rn. 21, EzA TzBfG § 14 Nr. 52).

b) Es kann für den Streitfall dahinstehen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer, mit dem der Arbeitgeber keinen Aufhebungsvertrag schließt, gegenüber Arbeitnehmern schlechter gestellt wird, mit denen der Arbeitgeber die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses vereinbart und als Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes und zur Überbrückung eine Abfindung zahlt. Maßgebend ist, dass die Beklagte nach dem Prinzip der Abschlussfreiheit in ihrer Entscheidung frei war, welchen Mitarbeitern sie im Rahmen der mit dem Gesamtbetriebsrat beschlossenen Sofortaktion die Aufhebung ihrer Arbeitsverhältnisse anbot. Sie war weder durch kollektive Regelungen zu einem entsprechenden Angebot verpflichtet noch hatte sie sich durch selbst gesetzte Regeln, etwa durch eine Gesamtzusage, in einer Art und Weise gebunden, die es ihr unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verbot, gegenüber dem Kläger vom Angebot einer Vertragsaufhebung gegen Abfindung abzusehen. Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz findet keine Anwendung, wenn ein Arbeitgeber mit Arbeitnehmern individuelle Vereinbarungen über die Begründung oder die Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses trifft und Abfindungen zahlt, die dem Grunde und der Höhe nach wie hier in einer Betriebsvereinbarung geregelt sind. In einem solchen Fall liegt nicht einmal eine verteilende Entscheidung des Arbeitgebers nach einer von ihm selbst aufgestellten Regelung vor.

30

6. Soweit der Kläger erstmals in der Revisionsbegründung behauptet hat, die Beklagte habe wegen seiner weit über dem Durchschnitt liegenden Erfolge und der ihm deshalb zugewiesenen hohen Bestandsprovisionen vom Abschluss eines Aufhebungsvertrags abgesehen und ihn deshalb wegen seines Alters iSv. § 1 AGG benachteiligt, weil die Höhe der Bestandsprovisionen bei einem seit 27 Jahren für die Beklagte tätigen Mitarbeiter eine „Alterserscheinung“ sei, ist dieses nicht unstreitig neue Vorbringen in der Revisionsinstanz gemäß § 559 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen (BAG 20. Februar 2008 - 7 AZR 950/06 - Rn. 24, AP TzBfG § 14 Nr. 45; GMP/Müller-Glöge 7. Aufl. § 74 Rn. 114; ErfK/Koch

31



10. Aufl. § 73 ArbGG Rn. 2). Es könnte damit selbst dann nicht Grundlage der Entscheidung des Senats sein, wenn das Diskriminierungsverbot wegen des Alters einen Arbeitgeber entsprechend der Ansicht des Klägers zwingen würde, einen überdurchschnittlich erfolgreichen Arbeitnehmer wegen seines Alters zu entlassen, um ihn nicht zu benachteiligen und ihm nicht nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AGG Schadensersatz leisten zu müssen. Ein solches Verständnis des Diskriminierungsverbots wegen des Alters wäre allerdings mit dem Sinn und Zweck des Diskriminierungsverbots, das ua. Entlassungen wegen des Alters gerade verhindern will (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG), nicht zu vereinbaren.

III. Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen.

32

Fischermeier

Brühler

Spelge

Gebert

D. Knauß

