

BUNDESARBEITSGERICHT



3 AZR 861/08
2 Sa 196/07
Landesarbeitsgericht
Bremen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
15. Juni 2010

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15. Juni 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, den Richter am Bundesarbeitsgericht

Dr. Zwanziger, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlewing sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Rau und Wischnath für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 25. Juni 2008 - 2 Sa 196/07 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, an den Kläger während des künftigen Bezugs einer Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung die Differenz zwischen der dann tatsächlich gezahlten und der zu erzielenden Altersrente bei Fortentrichtung der Arbeitgeberbeiträge für die Zeit der Übergangsversorgung vom 1. Februar 2005 bis zum 27. April 2012 zu zahlen. Hilfsweise begehrt der Kläger die Auszahlung fiktiver Arbeitgeberanteile zur Rentenversicherung für die Dauer der Übergangsversorgung. 1

Die Beklagte ist ein aus der ehemaligen B (*im Folgenden: BFS*) hervorgegangenes privates Flugsicherungsunternehmen. Sie nimmt die operativen Flugsicherungsaufgaben für den gesamten deutschen Luftraum wahr. 2

Der am 27. April 1949 geborene Kläger war seit dem 23. März 1970 als beamteter Fluglotse für die BFS und seit dem 1. Oktober 1993 als angestellter Fluglotse für die Beklagte tätig. Vom 1. Mai 2000 bis zum 31. Dezember 2004 wurde er von der Beklagten als Sachbearbeiter beschäftigt. 3

In dem am 6. September 1993 geschlossenen Arbeitsvertrag heißt es ua. wie folgt: 4

„§ 1

Vertragsgegenstand

...

2. Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Manteltarifvertrag für die bei der D GmbH beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vom 07.07.1993 und den diesen ergänzenden, ändernden oder an seine Stelle tretenden Tarifverträgen in der jeweils gültigen Fassung.

§ 5

Versorgung

Es gilt der Versorgungstarifvertrag vom 07.07.1993.“

In dem Tarifvertrag über die Versorgung für die bei der Beklagten beschäftigten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vom 7. Juli 1993 (*im Folgenden: VersTV*) heißt es auszugsweise:

5

„§ 3 Art der Versorgungsleistungen

Folgende Leistungen werden nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen gewährt:

- a) Altersruhegeld,
- b) vorzeitiges Altersruhegeld,
- c) Dienstunfähigkeitsrente,
- d) Witwen-/Witwergeld,
- e) Waisengeld.

Die Höhe der Leistungen richtet sich nach dem ruhegeldfähigen Jahreseinkommen (§ 4) und der anrechenbaren Beschäftigungszeit (§ 5).

§ 17 Härtefallregelung

Bei einem besonderen Härtefall wird über die sich aus den Vorschriften dieses Tarifvertrages ergebenden Leistungen ggf. hinausgegangen, insbesondere wenn ein Vergleich zwischen Altversorgung (VBL und BeamtVG) und den Leistungen aus diesem Tarifvertrag wesentliche Unterschiede aufweist.

...

Anhang 1

...

Für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die vor ihrem Arbeitsverhältnis mit der D in einem beamtenrechtlichen

Beschäftigungsverhältnis zur BFS oder dem LBA oder zu diesen in einem Arbeitsverhältnis standen und am 1. August 1993 das 55. Lebensjahr vollendet haben, gilt folgende zusätzliche Regelung:

Sollte die sich nach diesem Tarifvertrag ergebende Leistung zusammen mit der Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung niedriger sein als die Versorgung, die bei Fortbestehen des Beamtenverhältnisses bzw. des Arbeitsverhältnisses im öffentlichen Dienst gezahlt worden wäre, so wird die D die Leistung aus diesem Tarifvertrag um den Differenzbetrag erhöhen. Im übrigen bleiben die Bestimmungen des Tarifvertrages unberührt.

Die Vergleichsrechnung wird auf der Basis derjenigen Besoldungsgruppe bzw. Tarifgruppe durchgeführt, die die Mitarbeiterin bzw. der Mitarbeiter vor Beginn des Arbeitsverhältnisses mit der D zuletzt innehatte, jedoch unter Berücksichtigung derjenigen Dienstaltersstufe, die hätte erreicht werden können.“

Der Tarifvertrag über die Übergangsversorgung für die bei der Be- 6
klagten beschäftigten Fluglotsen vom 7. Juli 1993 (*im Folgenden: Ü-VersTV-
Lotsen*) enthält ua. folgende Bestimmungen:

„§ 1

Geltungsbereich

Dieser Tarifvertrag gilt für alle Fluglotsen - einschließlich der Fluglotsen, die aus den operativen Diensten in andere Tätigkeiten gewechselt sind -, die in einem Arbeitsverhältnis mit der D stehen und unter den Geltungsbereich des Manteltarifvertrages in der jeweils geltenden Fassung fallen.

§ 2

Allgemeine Voraussetzungen

- (1) Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der D erhalten ... Übergangsgeld, wenn
 - a) sie das 52. Lebensjahr vollendet haben und
 - b) sie mindestens 15 Jahre eine Tätigkeit als Fluglotsen in der Flugverkehrskontrolle wahrgenommen haben,
 - c) sie ihre Erwerbstätigkeit bei der D beendet haben und
 - d) bis zur Vollendung des 62. Lebensjahres kein

Anspruch auf Versorgungsleistungen besteht.

...

§ 4

Arbeitslosigkeit

Für die Zeit des Bezugs von Übergangsgeld nach Ausscheiden aus den Diensten der D verpflichten sich die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, sich nicht arbeitslos zu melden.

§ 5

Höhe des Übergangsgeldes

- (1) Das monatliche Übergangsgeld beträgt bei einer Inanspruchnahme ab Vollendung des 55. Lebensjahres 70 % der im Vormonat zu beanspruchenden Vergütung nach § 18 Abs. 1 Satz 2 MTV einschließlich eines auf einen Monat entfallenden Anteils des Urlaubsgeldes und des Weihnachtsgeldes.

...

§ 6

Zahlungsmodalitäten

- (1) Das Übergangsgeld wird monatlich nachträglich (bargeldlos) gezahlt.
- (2) Das Übergangsgeld unterliegt der Beitragspflicht zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie der Besteuerung. Die D behält die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung ein und führt sie zusammen mit den Arbeitgeberanteilen an die zuständige Beitragseinzugsstelle ab; gleiches gilt für die Einbehaltung der Lohn- und Kirchensteuer zuzügl. sonstiger Abgaben an das zuständige Finanzamt.
- (3) War die/der Mitarbeiterin/Mitarbeiter von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit und hatte ihr/ihm die D vor Beginn der Übergangsversorgung einen Zuschuß zur befreienden Lebensversicherung gezahlt, erhält sie/er einen Zuschuß in Höhe des Arbeitgeberanteils, der bei Rentenversicherungspflicht zu zahlen wäre, höchstens jedoch die Hälfte ihrer/seiner Aufwendungen für die befreiende Lebensversicherung.

...

§ 7

Erlöschen und Ruhen des Anspruchs

- (1) Der Anspruch auf Übergangsgeld erlischt
- a) mit Beginn des Monats, von dem ab die/der ausgeschiedene Mitarbeiterin/Mitarbeiter Altersrente vor Vollendung des 65. Lebensjahres oder ähnliche Bezüge öffentlich-rechtlicher Art beanspruchen kann;
 - b) bei ausgeschiedenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung befreit sind, mit Beginn des Monats, ab dem sie vergleichbare Leistungen einer Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung oder eines Versicherungsunternehmens beanspruchen können;
 - c) spätestens mit Ablauf des Monats, in dem die/der ausgeschiedene Mitarbeiterin/Mitarbeiter das 65. Lebensjahr vollendet;

...

§ 8

Betriebliche Altersversorgung

- (1) Zeiten, in denen Übergangsgeld bezogen wird, gelten als anrechenbare Beschäftigungszeiten i.S.d. Versorgungstarifvertrages der D.

...

§ 9

Mitwirkungs- und Erstattungspflichten

...

- (5) Meldet sich die/der Mitarbeiterin/Mitarbeiter während des Bezugs von Übergangsgeld entgegen § 4 arbeitslos, so sind der D daraus entstehende Aufwendungen zu erstatten.“

In einem Entwurf des § 4 Ü-VersTV-Lotsen war eine Passage enthalten, wonach die betreffenden Arbeitnehmer vollständig aus dem Erwerbsleben ausscheiden sollten bzw. mussten. Diese Bestimmung war auf Betreiben der Gewerkschaftsseite gestrichen worden.

7

Nachdem der Kläger im Mai 2004 den Eintritt in die Übergangsvorsorgung zum 1. Januar 2005 beantragt hatte, übersandte die Beklagte ihm mit Schreiben vom 6. Dezember 2004 einen „Vertrag zur Übergangsvorsorgung“, in

8

welchem es auszugsweise heißt:

„§ 1

Beginn der Übergangsversorgung

1. **Herr K** beabsichtigt, am 31.12.2004 aus dem Erwerbsleben auszuschcheiden. **Herr K** tritt mit Wirkung vom 01.01.2005 in die Übergangsversorgung ein.
- ...
3. Die Übergangsversorgung bestimmt sich nach dem Tarifvertrag über die Übergangsversorgung für die bei der D GmbH beschäftigten Fluglotsen (Ü-VersTV-Lotsen) vom 07.07.1993 in seiner jeweils gültigen Fassung.

§ 2

Übergangsgeld

1. **Herr K** hat nach Maßgabe der tarifvertraglichen Bestimmungen in der jeweils gültigen Fassung Anspruch auf Übergangsgeld. **Herr K** erhält demgemäß ab dem 01.01.2005 in Anwendung des § 5 Ü-VersTV-Lotsen ein monatliches Übergangsgeld in Höhe von 5.997,99 Euro (brutto).
2. Das Übergangsgeld unterliegt der Besteuerung und während des Bestehens einer Übergangsversorgung nach den Bestimmungen des jeweiligen Buches des SGB der Beitragspflicht zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung.
- ...

§ 5

Ende der Übergangsversorgung

- ...
3. Die Übergangsversorgung endet außerplanmäßig, wenn sich **Herr K** arbeitslos meldet oder eine mehr als geringfügige selbständige oder unselbständige Beschäftigung (§ 8 SGB IV) aufnimmt. In diesen Fällen endet die Übergangsversorgung an dem nach sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen zu ermittelnden Datum.
4. Die Gewährung von Übergangsgeld auch nach außerplanmäßiger Beendigung der Übergangsversorgung bestimmt sich nach den tarifvertraglichen Bestimmungen in der jeweils gültigen Fassung (insbesondere §§ 2, 5 Ü-VersTV-Lotsen).

...

§ 7

Beitragspflicht und Haftung

1. **Herr K** wurde ausdrücklich auf den Umstand hingewiesen, daß während der Laufzeit dieses Vertrages jede Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, die die Geringfügigkeitsgrenze gemäß § 8 SGB IV übersteigt, oder die Arbeitslosmeldung den Wegfall der Beitragspflicht (vgl. § 2) nach sich zieht.
2. Sollte dies zu sozialversicherungsrechtlichen Nachteilen für ihn führen, wird die D solche Nachteile nicht ausgleichen. Falls der D durch die Aufnahme einer Beschäftigung oder die Arbeitslosmeldung ein Schaden entsteht, verpflichtet **Herr K** sich, diesen Schaden der D zu ersetzen.
3. Die D ist zur Verrechnung ihres Ersatzanspruchs mit dem Übergangsgeld oder der späteren Altersversorgung berechtigt.“

Als eine Reaktion des Klägers hierauf ausblieb, teilte die Beklagte ihm mit Schreiben vom 27. Dezember 2004 Folgendes mit:

9

„...“

Auch wenn der Vertrag zur Übergangsversorgung von Ihnen nicht unterschrieben wird, gehen wir davon aus, dass Sie aus dem Erwerbsleben ausscheiden.

Wir werden daher die Übergangsversorgung vom ersten Tag an als sozialversicherungspflichtig behandeln.

Etwas anderes gilt nur, wenn Sie uns die Aufnahme einer mehr als geringfügigen versicherungspflichtigen Tätigkeit nachweisen.

Bis zu diesem Zeitpunkt jedenfalls werden vom Übergangsgeld ab dem ersten Tag Sozialversicherungsbeiträge einbehalten.

In diesem Zusammenhang möchten wir weiterhin darauf hinweisen, dass alle aus Ihrem Handeln folgenden etwaigen Nachteile von der D nicht ausgeglichen werden. Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.“

Der Kläger entgegnete hierauf mit Schreiben vom 29. Dezember 2004, die Vermutung, er werde aus dem Erwerbsleben ausscheiden, sei unzutreffend.

10

Den Vertrag zur Übergangsversorgung hat der Kläger letztlich nicht unterzeichnet.

Seit dem 1. Januar 2005 bezieht der Kläger Übergangsgeld nach dem Ü-VersTV-Lotsen. Auf dieses wurden zunächst Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung an die Barmer Ersatzkasse (*im Folgenden: BEK*) als zuständige Beitragseinzugsstelle abgeführt. Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 7. Januar 2005 erneut den Standpunkt vertreten hatte, der Ü-VersTV-Lotsen gehe von einem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Erwerbsleben aus, bat der Kläger die BEK mit Schreiben vom 13. Februar 2005 um eine sozialversicherungsrechtliche Bewertung seiner Übergangsversorgung. Dabei wies er unter Beifügung des Ü-VersTV-Lotsen darauf hin, dass dieser aus seiner Sicht kein endgültiges Ausscheiden aus dem Erwerbsleben vorsehe und lediglich die Auflage bestehe, sich nicht arbeitslos zu melden.

11

Mit inzwischen bestandskräftig gewordenem Bescheid vom 7. Februar 2006 stellte die BEK fest, dass die dem Kläger gewährte Übergangsversorgung keine Rentenversicherungspflicht nach § 3 Satz 1 Nr. 4 SGB VI begründe und die bereits abgeführten Beiträge ggf. zu erstatten seien. Auf - von der Beklagten vorbereiteten - Antrag des Klägers hin wurden die an die BEK abgeführten Beiträge - entgegen der Möglichkeit des § 202 SGB VI - anteilig an die Parteien zurückerstattet. Die „fiktiven Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung“ werden seither von der Beklagten an den Kläger ausgezahlt. An drei ehemalige Fluglotsen, die die Beklagte während deren Übergangsversorgung in der Akademie für Flugsicherung beschäftigte, zahlte diese auch fiktive Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung.

12

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die Beklagte müsse im Wege der Vertragsanpassung bzw. des Schadensersatzes Ausgleich dafür leisten, dass seine Übergangsversorgung nicht rentenversicherungspflichtig sei. Sie sei zu einer „Ersatzlösung“ verpflichtet, da das zur Erreichung einer der Beamtenversorgung gleichwertigen Altersversorgung angestrebte Ziel, einerseits das Übergangsgeld der Rentenversicherungspflicht zu unterstellen, andererseits den ausgeschiedenen Arbeitnehmern einen unbeschränkten Zusatzverdienst zu

13

ermöglichen, rechtlich nicht umsetzbar sei. Eine „Ersatzlösung“ sei der Beklagten auch zumutbar; ihr entstehe hierdurch kein Mehraufwand. Die Beklagte habe aufgrund des Urteils des Bundessozialgerichts vom 26. November 1992 (- 7 RAr 46/92 - BSGE 71, 265) sowie der Besprechung der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger am 16./17. März 1993 gewusst, dass die Rentenversicherungspflichtigkeit des Übergangsgeldes eine Vereinbarung über das Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Erwerbsleben erfordere. Demgegenüber habe er davon ausgehen dürfen, dass das Übergangsgeld ohne Weiteres und in jedem Fall rentenversicherungspflichtig sei. Deshalb habe die Beklagte der Streichung der Klausel „Ausscheiden aus dem Erwerbsleben“ aus dem Entwurf des § 4 Ü-VersTV-Lotsen nicht zustimmen dürfen, ohne ihn entsprechend aufzuklären. Nach alledem habe die Beklagte entweder eine vorsätzlich falsche Zusicherung gegeben oder zumindest ihre Sorgfaltspflichten verletzt. Hätte sie ihn darüber aufgeklärt, dass die Ziele einer Rentenversicherungspflichtigkeit des Übergangsgeldes und einer unbeschränkten Zusatzverdienstmöglichkeit nicht gleichzeitig zu verwirklichen seien, wäre er nicht aus dem Beamten- in ein Arbeitsverhältnis übergetreten.

Der Kläger hat beantragt,

14

1. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm ab dem 28. April 2012 (*Beginn der Zahlung der Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung*) für die Zeit des Bezugs dieser Altersrente die Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten Altersrente und der zu erzielenden Altersrente bei Fortzahlung der Arbeitgeberbeiträge für die Zeit der Übergangsvorsorge ab dem 1. Februar 2005 bis zum 27. April 2012 zu zahlen,
2. hilfsweise,
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 12.166,56 Euro zzgl. Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus monatlich jeweils 502,00 Euro ab dem Zweiten des jeweiligen Folgemonats, beginnend mit dem 2. Februar 2005 sowie aus monatlich jeweils 511,88 Euro ab dem Zweiten des jeweiligen Folgemonats, beginnend mit dem 2. Februar 2006 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und vorgetragen, die Verpflichtung zum endgültigen Ausscheiden aus dem Erwerbsleben als Vorbedingung für die Rentenversicherungspflichtigkeit des Übergangsgeldes sei nicht Tarifrecht geworden und aus dem Entwurf des Ü-VersTV-Lotsen gestrichen worden, da die Gewerkschaftsseite den Eindruck eines umfassenden Tätigkeitsverbots habe vermeiden wollen. Allerdings seien die Tarifvertragsparteien übereinstimmend davon ausgegangen, dass die betreffenden Arbeitnehmer grundsätzlich aus dem Erwerbsleben ausscheiden und dass dies durch die Fassung des Ü-VersTV-Lotsen hinreichend klargestellt sei. Es treffe auch nicht zu, dass das Übergangsgeld generell nicht rentenversicherungspflichtig sei. Im Übrigen habe der Kläger, da er den vorgeschlagenen Vertrag nicht unterzeichnet habe, die zu erwartende Differenz im Altersrentenbezug selbst zu verantworten. Auch habe er den Wegfall der Beitragspflicht durch seine Anfrage bei der BEK selbst herbeigeführt. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass ein Schaden, wie der Kläger ihn mit dem Hauptantrag geltend mache, überhaupt nicht eintreten könne; zumindest müsse er sich die aus der Sozialversicherungsfreiheit folgenden Vorteile anrechnen lassen; auch treffe ihn eine Schadensminderungspflicht. Soweit er auf die Aufgabe seines Beamtenstatus abstelle, habe er die dadurch aus seiner Sicht entstehenden Nachteile nicht dargelegt. 15

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. 16

Entscheidungsgründe

- Die Revision ist unbegründet. 17
- A. Die Klage ist mit dem Hauptantrag zwar zulässig, aber unbegründet. 18
- I. Der Hauptantrag erfüllt die Voraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO. 19

1. Bei der etwaigen Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger während des künftigen Bezugs einer gesetzlichen Altersrente die Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten und derjenigen Altersrente zu zahlen, die sich ergeben würde, wenn auf das Übergangsgeld Arbeitgeberanteile zur Rentenversicherung abgeführt worden wären, handelt es sich um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. 20
2. Auch wenn derzeit noch ungewiss ist, ob der Kläger den Beginn seiner Altersrente erleben wird, hat er - zur Schließung etwaiger Versorgungslücken - bereits jetzt ein Interesse an der begehrten Feststellung. Selbst die Möglichkeit einer Klage auf künftige Leistung nach den §§ 257 ff. ZPO beseitigt das Feststellungsinteresse nicht. Insoweit steht dem Kläger ein Wahlrecht zu (*vgl. nur BAG 22. Februar 2000 - 3 AZR 39/99 - zu A der Gründe mwN, AP BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 13 = EzA BetrAVG § 1 Beamtenversorgung Nr. 3*). 21
- II. Der Hauptantrag ist jedoch unbegründet. Der Kläger kann die begehrte Feststellung nicht verlangen. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, ihn während des künftigen Bezugs einer gesetzlichen Altersrente durch weitere Zahlungen so zu stellen, als seien auf das Übergangsgeld Arbeitgeberanteile zur Rentenversicherung abgeführt worden. 22
1. Ein Anspruch folgt nicht aus dem VersTV, der nach § 5 des Arbeitsvertrages auf das Rechtsverhältnis der Parteien zur Anwendung kommt. 23
- a) Der VersTV sieht die vom Kläger begehrte Leistung nicht ausdrücklich vor. 24
- b) Ein Anspruch ergibt sich auch nicht in ergänzender Auslegung des VersTV. 25
- Es liegt schon keine unbewusste Tariflücke vor, die es erlauben würde, sie aus einem eindeutig feststellbaren Sinn und Zweck des Tarifvertrages heraus zu schließen. Vielmehr regelt der VersTV die Beitragspflicht bewusst nicht. Die Gerichte sind nicht befugt, gegen den Willen der Tarifvertragsparteien ergänzende tarifliche Regelungen zu „schaffen“ oder eine schlechte Ver- 26

handlungsführung einer Tarifvertragspartei dadurch zu belohnen, dass ihr Vertragshilfe geleistet wird. Dies wäre ein unzulässiger Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie (vgl. BAG 25. Februar 2009 - 4 AZR 964/07 - Rn. 19 und 20, AP TVG § 1 Auslegung Nr. 215).

Der VersTV regelt die betriebliche Altersversorgung, nach seinem § 3 bestehend aus dem Altersruhegeld, dem vorzeitigen Altersruhegeld, der Dienstunfähigkeitsrente, dem Witwen-/Witwergeld und dem Waisengeld. Die Höhe der Leistungen richtet sich nach dem ruhegeldfähigen Jahreseinkommen (§ 4) und der anrechenbaren Beschäftigungszeit (§ 5). Nach diesen Bestimmungen spielt die Höhe der gesetzlichen Rente für die Höhe der betrieblichen Altersversorgung keine Rolle. Auch die in § 17 getroffene Härtefallregelung bezieht Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung nicht unmittelbar ein, sondern erfordert einen Vergleich zwischen der Altersversorgung aus der VBL bzw. nach dem Beamtenversorgungsgesetz und den Leistungen aus dem VersTV. Nichts anderes gilt nach der im „Anhang 1“ für diejenigen Mitarbeiter getroffenen Regelung, die am 1. August 1993 das 55. Lebensjahr bereits vollendet hatten. Hier spielt die Höhe der Rente aus der gesetzlichen Rentenversicherung (*zusammen mit den Leistungen nach dem Tarifvertrag*) nur als Rechenposten im Rahmen einer Vergleichsrechnung zur Wahrung des Besitzstandes eine Rolle.

27

Demgegenüber geht es beim vom Kläger geltend gemachten Anspruch um den Ausgleich der Differenz zwischen der tatsächlich gezahlten Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung und der zu erzielenden Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung bei Fortzahlung der Arbeitgeberbeiträge für die Zeit der Übergangsversorgung. Damit steht das klägerische Begehren in unmittelbarem Zusammenhang mit der Übergangsversorgung und dort allein mit der Frage, ob und inwieweit das Übergangsgeld der Beitragspflicht (*auch*) zur Rentenversicherung unterliegt. Diese Komplexe haben die Tarifvertragsparteien nicht im VersTV geregelt und auch nicht regeln wollen; hiermit haben sie sich vielmehr im Ü-VersTV-Lotsen befasst.

28

2. Ein Anspruch des Klägers ergibt sich nicht aus dem Ü-VersTV-Lotsen, der aufgrund § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages als den Manteltarifvertrag ergänzender Tarifvertrag Anwendung findet. 29
- a) Auch der Ü-VersTV-Lotsen sieht die vom Kläger begehrte Leistung nicht ausdrücklich vor. 30
- b) Eine ergänzende Auslegung des Ü-VersTV-Lotsen scheidet ebenfalls daran, dass die Tarifvertragsparteien des Ü-VersTV-Lotsen die Frage einer etwaigen Beitragspflicht des Übergangsgeldes zur Rentenversicherung nicht verbindlich regeln wollten. § 6 Abs. 2 Satz 1 Ü-VersTV-Lotsen enthält nur einen rechtlich unverbindlichen Hinweis auf die sozialversicherungsrechtlichen Folgen der Zahlung des Übergangsgeldes aus Sicht der Tarifvertragsparteien. Dies folgt aus einer Auslegung des Ü-VersTV-Lotsen. 31
- aa) Zwar heißt es in § 6 Abs. 2 Satz 1 Ü-VersTV-Lotsen: „Das Übergangsgeld unterliegt der Beitragspflicht zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie der Besteuerung“. Diese Bestimmung ist allerdings nicht so zu verstehen, dass hiermit die Verpflichtung begründet bzw. die Zusage erteilt werden sollte, das Übergangsgeld der Beitragspflicht zur Rentenversicherung zu unterwerfen. Vielmehr enthält § 6 Abs. 2 Satz 1 Ü-VersTV-Lotsen lediglich einen rechtlich unverbindlichen Hinweis auf die sozialversicherungsrechtlichen Folgen der Zahlung des Übergangsgeldes aus Sicht der Tarifvertragsparteien. Auf die Richtigkeit und Beständigkeit der von den Tarifvertragsparteien angenommenen Rechtslage können sich die Tarifunterworfenen nicht verlassen. 32
- bb) Die Tarifvertragsparteien können über die Sozialversicherungspflichtigkeit des Übergangsgeldes nicht disponieren. Die Frage, ob eine Leistung der Beitragspflicht auch zur Rentenversicherung unterliegt, richtet sich allein nach den insoweit einschlägigen sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen. Dass hiervon auch die Tarifvertragsparteien ausgegangen sind, wird durch die Formulierung der Bestimmung bestätigt. Mit der Verwendung des Begriffs „unterliegt“ haben die Tarifvertragsparteien zum Ausdruck gebracht, dass sie sich innerhalb des (*sozialversicherungs-*)gesetzlichen Rahmens bewegen und 33

keine von den sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen unabhängigen Ansprüche der Arbeitnehmer begründen wollten. § 6 Abs. 2 Satz 1 Ü-VersTV-Lotsen ist, anders als § 6 Abs. 3 Ü-VersTV-Lotsen, gerade nicht als Anspruchsgrundlage ausgestaltet. Diesem Verständnis steht auch nicht Satz 2 des § 6 Abs. 2 Ü-VersTV-Lotsen entgegen. Diese Regelung enthält nur eine Bestimmung über das Verfahren für den Fall, dass eine Beitragspflicht besteht. Sie setzt die Beitragspflicht voraus, begründet sie aber nicht.

cc) Dass die Tarifvertragsparteien den Willen zu einer „übergesetzlichen Regelung“ hatten, lässt sich nicht aus der Streichung der noch im Entwurf des § 4 Ü-VersTV-Lotsen vorgesehenen Regelung ableiten, wonach die Arbeitnehmer ihre Erwerbstätigkeit insgesamt beenden sollten/mussten. Auf eine vom Kläger insoweit vermisste Beweisaufnahme kommt es deshalb nicht an. 34

Auf die Entstehungsgeschichte eines Tarifvertrages kann zum einen nur dann zurückgegriffen werden, wenn bei der Auslegung einer Tarifnorm nach Wortlaut, Wortsinn und tariflichem Gesamtzusammenhang Zweifel an deren Inhalt und dem wirklichen Willen der Tarifvertragsparteien bestehen (*BAG 24. Februar 2010 - 10 AZR 1035/08 - Rn. 29*), was hier nicht der Fall ist. Zum anderen müsste der Wille der Tarifvertragsparteien zu einer Zusage unabhängig von der Gesetzeslage in den Tarifnormen seinen Niederschlag gefunden haben (*st. Rspr., vgl. nur BAG 28. Oktober 2008 - 3 AZR 189/07 - Rn. 16, AP TVG § 1 Tarifverträge: Lufthansa Nr. 43*). Hierfür genügt die Streichung der Klausel „Ausscheiden aus dem Erwerbsleben“ nicht. 35

Im Übrigen lässt sich aus der Streichung der im ursprünglichen Entwurf vorgesehenen Regelung nicht auf einen eindeutigen Willen der Tarifvertragsparteien schließen, den Übergangsversorgten eine höhere gesetzliche Rente zu verschaffen. Die Streichung der in Rede stehenden Passage steht ohne Weiteres mit dem Vortrag in Einklang, dass allein der Anschein eines umfassenden Tätigkeitsverbotes vermieden werden sollte. Ebenso gut lässt sie sich schließlich dahin verstehen, dass nicht der Anschein erweckt werden sollte, die Tarifvertragsparteien hätten das Ausscheiden aus jeder Erwerbstätigkeit zur Voraus- 36

setzung für den Anspruch auf die Zahlung des Übergangsgeldes selbst machen wollen.

3. Da die Beklagte dem Kläger durch die Bezugnahme auf den Ü-VersTV-Lotsen keine Versicherungspflichtigkeit des Übergangsgeldes und damit nicht die Abführung von Beiträgen an die Sozialversicherung zugesagt hatte, rechtfertigt sich die vom Kläger begehrte Leistung auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nach § 307 BGB in der Fassung vor dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz bzw. nach § 311a BGB in der seither geltenden Fassung. 37

4. Die Klage mit dem Hauptantrag ist nicht unter dem Gesichtspunkt der Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (*nunmehr: § 313 BGB*) begründet. 38

a) Als Vertrag, dessen Anpassung der Kläger überhaupt verlangen könnte, kommt allein der zwischen den Parteien geschlossene Arbeitsvertrag in Betracht. Aus einer möglichen Störung der Geschäftsgrundlage des Ü-VersTV-Lotsen wegen einer etwaigen Fehlvorstellung der Tarifvertragsparteien über die sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Übergangsgeldes kann der Kläger bereits deshalb nichts zu seinen Gunsten ableiten, weil es in derartigen Fällen den Tarifvertragsparteien vorbehalten bleibt, den Tarifvertrag an die veränderten Verhältnisse anzupassen (*vgl. BAG 20. August 2002 - 9 AZR 235/01 - zu I 4 der Gründe mwN, AP TVG § 1 Tarifverträge: Lufthansa Nr. 28 = EzA TVG § 4 Luftfahrt Nr. 6*). Dies gilt nicht nur dann, wenn der Tarifvertrag unmittelbar und zwingend auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet, sondern auch dann, wenn - wie hier - im Arbeitsvertrag auf die jeweils gültigen tariflichen Regelungen verwiesen wird. 39

b) Nach § 313 Abs. 1 BGB kann Anpassung des Vertrages nur dann verlangt werden, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Zudem ist erforderlich, 40

dass einem Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Nach § 313 Abs. 2 BGB steht es einer Veränderung der Umstände gleich, wenn wesentliche Vorstellungen der Parteien, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen.

c) Das Bundessozialgericht hat mit Urteil vom 24. September 2008 (- B 12 R 10/07 R - Breith 2009, 631) für den hier in Rede stehenden Ü-VersTV-Lotsen vom 7. Juli 1993 entschieden, dass die Übergangsvorsorge nur dann der Beitragspflicht zur Rentenversicherung unterliegt, wenn die Parteien zuvor das Ausscheiden aus dem Erwerbsleben als Grundlage für den Abschluss der zu ihrem Bezug führenden Vereinbarung vorausgesetzt haben. Nur das vereinbarte endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Erwerbsleben nach Beendigung der Beschäftigung ergebe das besondere, die Versicherungspflicht begründende Schutzbedürfnis, dem durch die Fiktion des Fortbestehens der Beschäftigung bzw. nunmehr durch einen besonderen Versicherungspflichttatbestand Rechnung getragen werde. Mit dieser Entscheidung hat das Bundessozialgericht in Auslegung des § 3 Satz 1 Nr. 4 SGB VI allerdings nur die Rechtslage bindend festgestellt, die bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages galt. Eine Veränderung der Umstände ist nicht eingetreten. Danach kommt die Anwendung des § 313 Abs. 1 BGB nicht in Betracht. 41

d) Ein Anspruch auf Anpassung der arbeitsvertraglichen Regelungen iSd. klägerischen Begehrens kann sich deshalb allenfalls dann ergeben, wenn die Geschäftsgrundlage von Anfang an gefehlt hat, weil sich beide Parteien hinsichtlich einer wesentlichen Voraussetzung des Geschäfts geirrt haben. Auf diese Störungsfälle finden die Grundsätze über das Fehlen der Geschäftsgrundlage (*nunmehr*: § 313 Abs. 2 BGB) Anwendung. 42

aa) Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren, von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, 43

sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut (vgl. *BGH 8. Februar 2006 - VIII ZR 304/04 - zu II 1 a der Gründe mwN, WM 2006, 828*).

bb) Auch wenn beide Parteien bei Abschluss des Arbeitsvertrages von einer uneingeschränkten Beitragspflicht des Übergangsgeldes ausgegangen sind, lässt sich nicht feststellen, dass diese Vorstellungen Geschäftsgrundlage geworden sind. Zugunsten des Klägers kann angenommen werden, dass er den Arbeitsvertrag so nicht geschlossen hätte, wenn er gewusst hätte, dass das Übergangsgeld nur dann der Beitragspflicht zur Sozialversicherung unterliegt, wenn sich die Parteien vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf ein endgültiges Ausscheiden aus dem Erwerbsleben einigen; allerdings gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Frage der Beitragspflicht des Übergangsgeldes ein für die Willensbildung der Beklagten beim Abschluss des Arbeitsvertrages wesentlicher Umstand war. 44

(1) Die Beklagte hatte den Ü-VersTV-Lotsen im Arbeitsvertrag in Bezug genommen. Dieser enthält in § 6 Abs. 2 Satz 1 lediglich den rechtlich unverbindlichen Hinweis, dass das Übergangsgeld der Beitragspflicht zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie der Besteuerung unterliegt. Dieser Hinweis war auch für all die Fälle korrekt, in denen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Vereinbarung über das endgültige Ausscheiden aus dem Erwerbsleben getroffen wurde. Im Übrigen ging der erkennbare Wille der Beklagten bei Vertragsschluss dahin, durch die im Arbeitsvertrag enthaltene Bezugnahmeklausel den Ü-VersTV-Lotsen selbst zum Vertragsinhalt zu machen. Was Vertragsinhalt ist, kann jedoch nicht Geschäftsgrundlage sein (vgl. *BGH 27. September 1991 - VZR 191/90 - zu 1 der Gründe, ZIP 1991, 1599*). 45

(2) Damit verblieb es bei der einseitigen Erwartung des Klägers, der im Tarifvertrag enthaltene Hinweis auf die sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Übergangsgeldes werde in jedem Fall - auch im Falle des Fehlens einer Vereinbarung über ein endgültiges Ausscheiden aus dem Erwerbsleben - zutreffend sein und umgesetzt werden. Diese einseitige Erwartung, sofern sie für seine Willensbildung überhaupt maßgeblich war, würde 46

allerdings nur dann zur Geschäftsgrundlage gehören, wenn sie in den dem Vertrag zugrunde liegenden gemeinschaftlichen Geschäftswillen beider Parteien aufgenommen worden wäre (vgl. BGH 16. Februar 1989 - IX ZR 256/87 - zu I 2 der Gründe, NJW-RR 1989, 752). Dazu genügt es nicht, dass die Partei ihre Erwartungen der anderen Partei bei den Vertragsverhandlungen mitgeteilt hat (vgl. BGH 17. Februar 1993 - XII ZR 232/91 - zu 3 b der Gründe, NJW-RR 1993, 773). Hinzukommen muss, dass das Verhalten des anderen Teils nicht nur als bloße Kenntnisnahme, sondern nach Treu und Glauben als Einverständnis und Aufnahme der Erwartung in die gemeinsame Grundlage des Geschäftswillens zu werten ist. Hier fehlt es schon an jeglichem Vorbringen des Klägers dazu, dass seine Erwartungen der Beklagten bei Abschluss des Arbeitsvertrages überhaupt erkennbar geworden sind.

cc) Ebenso wenig war der Umfang der Versicherungspflicht Geschäftsgrundlage des einvernehmlichen Wechsels des Klägers in die Übergangsvorsorgung. Zu diesem Zeitpunkt bestanden zwischen den Parteien bereits unterschiedliche Vorstellungen über die Folgen der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit. 47

5. Die Beklagte haftet dem Kläger nicht wegen Verletzung vorvertraglicher Aufklärungs- oder Informationspflichten nach den Regeln des Verschuldens bei Vertragsschluss (jetzt § 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB). Die Beklagte traf zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages keine Aufklärungspflicht darüber, dass ein Übergangsgeld nur dann der Versicherungspflicht unterliegt, wenn als Grundlage für seine Zahlung das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Erwerbsleben vereinbart wurde. 48

a) Hinweis- und Aufklärungspflichten beruhen auf den besonderen Umständen des Einzelfalles und sind das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung. Die erkennbaren Informationsbedürfnisse des Arbeitnehmers einerseits und die Beratungsmöglichkeiten des Arbeitgebers sind zu beachten. Wie groß das Informationsbedürfnis des Arbeitnehmers ist, hängt insbesondere von der Schwierigkeit der Rechtsmaterie sowie dem Ausmaß der drohenden Nachteile und deren Voraussehbarkeit ab (vgl. BAG 14. Januar 2009 - 3 AZR 71/07 - Rn. 27 ff., AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 7). Danach darf der Arbeitgeber 49

bei Vertragsverhandlungen zwar nichts verschweigen, was die vollständige Vertragsdurchführung in Frage stellen kann und was ihm bekannt ist oder bekannt sein müsste. Er muss jedoch, da er im Allgemeinen nicht ohne das Vorliegen besonderer Umstände von einem Informationsbedürfnis des Arbeitnehmers ausgehen muss, nicht auf sämtliche für den Zweck des Arbeitsverhältnisses bedeutsamen Umstände, sondern nur auf besonders atypische Risiken für den Arbeitnehmer hinweisen (*vgl. BAG 22. Januar 2009 - 8 AZR 161/08 - Rn. 31 ff., AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 46 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitgeberhaftung Nr. 7*).

b) Vorliegend kann zugunsten des Klägers unterstellt werden, dass die Beklagte die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 26. November 1992 (- 7 RAr 46/92 - BSGE 71, 265) kannte und um deren Bedeutung auch für die Rentenversicherungspflichtigkeit des Übergangsgeldes wusste oder zumindest wissen musste. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Kläger für den Wechsel in ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten seinen Beamtenstatus und die damit ua. verbundene Übergangs- und Alterssicherung aufgegeben hat. Die Beklagte musste demnach erkennen, dass die beamteten Fluglotsen keine (*wesentlichen*) Verschlechterungen ihrer Altersversorgung in Kauf nehmen wollten und dass dafür auch die Rentenversicherungspflichtigkeit des Übergangsgeldes eine bedeutsame Rolle spielte.

50

Auf der anderen Seite hatte die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 26. November 1992 (- 7 RAr 46/92 - BSGE 71, 265) das Ruhen des Arbeitslosengeldanspruchs wegen Bezuges von Vorruhestandsgeld nach Maßgabe des § 118b AFG zum Gegenstand; nur in diesem Zusammenhang hatte das Bundessozialgericht ausgeführt, das Vorruhestandsgeld setze begrifflich das Einigsein der Vertragspartner über das Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Erwerbsleben voraus. Geringfügige Beschäftigungen oder Tätigkeiten seien insoweit unschädlich. Erst in seinem Urteil vom 24. September 2008 (- B 12 R 10/07 R - Breith 2009, 631), das im Übrigen konkret die Rentenversicherungspflichtigkeit des Übergangsgeldes nach dem Ü-VersTV-Lotsen betraf, hat sich das Bundessozialgericht zur Auslegung des

51

§ 3 Satz 1 Nr. 4 SGB VI, dh. zu der Frage geäußert, unter welchen Voraussetzungen für das Übergangsgeld nach dem Ü-VersTV-Lotsen eine Beitragspflicht zur Rentenversicherung besteht. Damit stellte sich zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages die Rechtslage im Hinblick auf die Versicherungspflichtigkeit des Übergangsgeldes als schwierig und noch nicht abschließend geklärt dar; darüber hinaus war offen, ob der Kläger überhaupt Übergangsversorgung in Anspruch nehmen und in dem Fall endgültig aus dem Erwerbsleben ausscheiden würde. Vor diesem Hintergrund bestand für die Beklagte, die zudem auf dem Standpunkt stand, mit den im Ü-VersTV-Lotsen enthaltenen Regelungen die Voraussetzungen für die Sozialversicherungspflichtigkeit des Übergangsgeldes geschaffen zu haben, keine Veranlassung, einen entsprechenden Hinweis zu erteilen.

B. Der zulässige Hilfsantrag ist unbegründet, da der Kläger aus den unter A dargestellten Gründen die fehlende Versicherungspflichtigkeit des Übergangsgeldes hinnehmen muss.

52

Mikosch

Zwanziger

Schlewing

Rau

Wischnath