

# BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 184/09  
10 Sa 2021/08  
Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
4. Mai 2010

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsbeklagtes und revisionsklagendes Land,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner sowie den ehrenamtlichen Richter Pfelzer und die ehrenamtliche Richterin Neumann für Recht erkannt:

Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 19. Januar 2009 - 10 Sa 2021/08 - aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 20. August 2008 - 56 Ca 5389/08 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Höhe der Altersteilzeitvergütung und des Aufstockungsbetrags im Rahmen ihres beendeten Altersteilzeitarbeitsverhältnisses. 1

Der 1944 geborene Kläger war seit 1991 beim beklagten Land beschäftigt. Mit Wirkung vom 1. Dezember 2001 wurde sein Aufgabengebiet nach Vergütungsgruppe IIa - Fallgruppe 1b - Teil I der Anlage 1a zum BAT-O bewertet. Das beklagte Land teilte ihm mit Schreiben vom 25. Februar 2002 ua. mit: 2

„Wenn Sie Ihre derzeit ausübende Tätigkeit weiterhin unverändert wahrzunehmen haben, die auf Ihren Aufgabenkreis anzuwendenden Tätigkeitsmerkmale sich nicht ändern und Sie zum Aufstiegszeitpunkt alle tätigkeits- und personenbezogenen Anforderungen der Ihre Eingruppierung bestimmenden Tätigkeitsmerkmale erfüllen, werden Sie nach 6 Jahren in die Vergütungsgruppe Ib BAT-O eingruppiert sein.“

Die Parteien schlossen unter dem 20. Oktober 2003 einen (Formular-)„Ergänzungsvertrag zur Vereinbarung von Altersteilzeitarbeit nach dem TV ATZ“, in dem es auszugsweise heißt: 3

„Das mit Herrn H bestehende Arbeitsverhältnis wird vom

1. November 2003 an als Altersteilzeitarbeitsverhältnis nach Maßgabe des Tarifvertrages zur Regelung der Altersteilzeitarbeit (TV ATZ) vom 5. Mai 1998 in Verbindung mit dem Tarifvertrag zur Anwendung von Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes (Anwendungs-TV Land Berlin) vom 31. Juli 2003 - dieser in der jeweiligen Fassung - fortgesetzt. Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass Tarifverträge, die das Land Berlin nach dem 1. August 2003 schließt oder denen das Land Berlin im Falle eines Eintritts in einen Arbeitgeberverband dann unterworfen ist, die o. g. Arbeitsbedingungen gemäß § 4 Abs. 5 TVG ergänzen bzw. ersetzen.

Das Arbeitsverhältnis endet mit Erreichen der Altersgrenze (§ 60 Abs. 1 BAT) mit Ablauf des 30. September 2009 ...“

In dem Ergänzungsvertrag vereinbarten die Parteien ferner, dass sich die wöchentliche Arbeitszeit auf die Hälfte der bisherigen wöchentlichen Arbeitszeit iSv. § 3 Abs. 1 Unterabs. 2 TV ATZ iVm. § 5 Abs. 2 Buchst. c Anwendungs-TV Land Berlin reduziert, die Altersteilzeit im Blockmodell geleistet wird und die Arbeitsphase voraussichtlich mit Ablauf des 16. Oktober 2006 endet und am darauffolgenden Tag die Freistellungsphase beginnt.

Der Kläger hatte sich vor Abschluss des Altersteilzeitarbeitsvertrags im Jahre 2003 bei dem beklagten Land hinsichtlich seines Bewährungsaufstiegs bei einer Altersteilzeit im Blockmodell erkundigt. Eine bei dem beklagten Land tätige Personalsachbearbeiterin übersandte dem Kläger in Beantwortung dieser Nachfrage auszugsweise das Arbeitsmaterial des beklagten Landes. Dort war mit dem Stand 1. November 2001 auf Seite 40 zu § 22 BAT/BAT-O ausgeführt:

„Altersteilzeitarbeit nach dem TV ATZ führt hingegen nicht zur Verlängerung von Aufstiegszeiträumen; dies gilt bei Blockmodellen auch für die Freistellungsphase. Der gesamte Zeitraum der Altersteilzeitarbeit gilt als durchgehende Teilzeitbeschäftigung. Deshalb kann ggf. auch in der Freistellungsphase noch ein Aufstieg stattfinden. Auch ein Sabbatical-Zeitraum gilt als durchgehende Teilzeitbeschäftigung, so dass durch die Freistellungsphase keine Unterbrechung eintritt.“

Auch in den „Hinweisen für Angestellte die nach dem 30. Juni 2004

4  
5  
6

eine Altersteilzeitvereinbarung abschließen“ der Senatsverwaltung für Inneres des beklagten Landes, Stand 16. Dezember 2004, wurde auf den Seiten 9 und 10 ausgeführt:

„Die Freistellungsphase gilt nicht als Unterbrechung der Beschäftigung; vielmehr gilt der gesamte Zeitraum der Altersteilzeit als durchgehende Teilzeitbeschäftigung. Deshalb kann ggf. auch in der Freistellungsphase ggf. noch ein Aufstieg stattfinden bzw. der Anspruch auf die Zahlung einer Vergütungsgruppenzulage erworben werden, was sich auf die Höhe der Bezüge und damit auf die Aufstockungsleistung dann erhöhend auswirkt.“

Nachdem das beklagte Land dem Kläger dessen beabsichtigte Zuordnung zum Personalüberhang mitgeteilt hatte, bat der Kläger im Schreiben vom 17. Oktober 2005 um Bestätigung ua. seiner Feststellung, dass der Übergangseinsatz ohne Unterbrechung und bezüglich aller tariflichen Regelungen und Voraussetzungen zu unveränderten Bedingungen erfolge und dass das auch und insbesondere für die unveränderte Zahlung der Vergütung und den Erhalt des Bewährungsaufstiegs, der auch bei Abschluss seines Altersteilzeitarbeitsvertrags erhalten bleibe, gelte. Die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung des beklagten Landes versetzte den Kläger mit Schreiben vom 16. November 2005 zum 1. Januar 2006 zum Zentralen Personalüberhangmanagement des Landes Berlin (*ZeP*). In dem Schreiben heißt es auszugsweise:

„Darüber hinaus begehren Sie eine verbindliche Zusage bzgl. Ihres Bewährungsaufstiegs.

Die von dem Angestellten des öffentlichen Dienstes zu leistende Tätigkeit bestimmt sich nach dem Arbeitsvertrag. Hat ein Angestellter Anspruch auf Vergütung nach einer bestimmten Vergütungsgruppe des BAT, so ist er auch mit Aufgaben zu beschäftigen, die den Merkmalen dieser Vergütungsgruppe entsprechen.

Somit ist der Erhalt des Bewährungsaufstiegs gewährleistet.“

Der Kläger wurde bis zum Ende der Arbeitsphase in seinem bisherigen Aufgabengebiet weiterbeschäftigt. Er übte vom 1. Dezember 2001 bis zum

Eintritt in die Freistellungsphase mit Ablauf des 16. Oktober 2006 Tätigkeiten aus, die der Vergütungsgruppe IIa - Fallgruppe 1b - Teil I der Anlage 1a zum BAT-O entsprachen.

Die Senatsverwaltung für Inneres des beklagten Landes änderte 2006 die Arbeitsmaterialien zum Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit. In den Arbeitsmaterialien zu § 22 BAT/BAT-O und in den „Hinweisen für Angestellte die nach dem 30. Juni 2004 eine Altersteilzeitvereinbarung abschließen“ wird seitdem ausgeführt, ein Aufstieg könne in der Freistellungsphase nicht mehr stattfinden. 9

Das beklagte Land teilte dem Kläger mit Schreiben vom 14. November 2007 mit, die Teilnahme an einem Aufstieg während der Freistellungsphase komme nicht mehr in Betracht. Der voraussichtlich am 1. Dezember 2007 stattfindende Bewährungsaufstieg könne nicht erfolgen. 10

Der Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit (TV ATZ) vom 5. Mai 1998 in der Fassung des 2. Änderstarifvertrags vom 30. Juni 2000 lautet auszugsweise: 11

#### **„§ 4**

#### **Höhe der Bezüge**

(1) Der Arbeitnehmer erhält als Bezüge die sich für entsprechende Teilzeitkräfte bei Anwendung der tariflichen Vorschriften (z. B. § 34 BAT/BAT-O) ergebenden Beträge mit der Maßgabe, dass die Bezügebestandteile, die üblicherweise in die Berechnung des Aufschlags zur Urlaubsvergütung/Zuschlags zum Urlaubslohn einfließen, sowie Wechselschicht- und Schichtzulagen entsprechend dem Umfang der tatsächlich geleisteten Tätigkeit berücksichtigt werden.

...

#### **§ 5**

#### **Aufstockungsleistungen**

(1) Die dem Arbeitnehmer nach § 4 zustehenden Bezüge zuzüglich des darauf entfallenden sozialversicherungspflichtigen Teils der vom Arbeitgeber zu tragenden Umlage zur Zusatzversorgungseinrichtung werden um 20 v. H. dieser Bezüge aufgestockt (Aufstockungsbetrag). Bei der Berechnung des Aufstockungsbetrages bleiben

steuerfreie Bezügebestandteile, Entgelte für Mehrarbeits- und Überstunden, Bereitschaftsdienste und Rufbereitschaften sowie für Arbeitsbereitschaften (§ 18 Abs. 1 Unterabs. 2 MTArb/MTArb-O bzw. § 67 Nr. 10 BMT-G/BMT-G-O) unberücksichtigt; diese werden, soweit sie nicht unter Absatz 2 Unterabs. 2 und 3 fallen, neben dem Aufstockungsbetrag gezahlt.

(2) Der Aufstockungsbetrag muss so hoch sein, dass der Arbeitnehmer 83 v. H. des Nettobetrages des bisherigen Arbeitsentgelts erhält (Mindestnettobetrag). Als bisheriges Arbeitsentgelt ist anzusetzen das gesamte, dem Grunde nach beitragspflichtige Arbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer für eine Arbeitsleistung bei bisheriger wöchentlicher Arbeitszeit (§ 3 Abs. 1 Unterabs. 2) zu beanspruchen hätte; der sozialversicherungspflichtige Teil der vom Arbeitgeber zu tragenden Umlage zur Zusatzversorgungseinrichtung bleibt unberücksichtigt.

...“

§ 23a BAT-O lautet auszugsweise:

12

### **„§ 23a**

#### **Bewährungsaufstieg im Bereich des Bundes und im Bereich der Tarifgemeinschaft deutscher Länder**

Der Angestellte, der ein in der Anlage 1a mit dem Hinweiszeichen \* gekennzeichnetes Tätigkeitsmerkmal erfüllt, ist nach Erfüllung der vorgeschriebenen Bewährungszeit höhergruppiert. Für die Erfüllung der Bewährungszeit gilt Folgendes:

1. Das Erfordernis der Bewährung ist erfüllt, wenn der Angestellte während der vorgeschriebenen Bewährungszeit sich den in der ihm übertragenen Tätigkeit auftretenden Anforderungen gewachsen gezeigt hat. Maßgebend ist hierbei die Tätigkeit, die der Vergütungsgruppe entspricht, in der der Angestellte eingruppiert ist.

...

4. Die Bewährungszeit muss ununterbrochen zurückgelegt sein. Unterbrechungen von jeweils bis zu sechs Monaten sind unschädlich; unabhängig hiervon sind ferner unschädlich Unterbrechungen wegen

a) Ableistung des Grundwehrdienstes, des zivilen Ersatzdienstes nach dem Gesetz über den zivilen Ersatzdienst und des Zivildienstes nach

dem Zivildienstgesetz,

- b) Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 37 Abs. 1 bzw. § 71 Abs. 1,
- c) der Schutzfristen und des Mutterschaftsurlaubs nach dem Mutterschutzgesetz,
- d) Elternzeit nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz und sonstiger Beurlaubung zur Kinderbetreuung bis zu insgesamt fünf Jahren,
- e) einer vom Wehrdienst befreienden Tätigkeit als Entwicklungshelfer bis zu zwei Jahren.

Die Zeiten der Unterbrechung mit Ausnahme

- a) eines Urlaubs nach den §§ 47 bis 49 und nach dem SGB IX,
- b) eines Sonderurlaubs nach § 50 Abs. 1 in der bis zum 31. August 1995 geltenden Fassung,
- c) einer Arbeitsbefreiung nach § 52,
- d) einer Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 37 Abs. 1 bzw. § 71 Abs. 1 bis zu 26 Wochen, in den Fällen des § 37 Abs. 4 Unterabs. 3 bzw. § 71 Abs. 2 Unterabs. 3 bis zu 28 Wochen,
- e) der Schutzfristen nach dem Mutterschutzgesetz werden auf die Bewährungszeit jedoch nicht angerechnet.

...“

Der Kläger hat behauptet, der Erhalt des Bewährungsaufstiegs sei für seine Entscheidung zum Abschluss der Altersteilzeitvereinbarung von entscheidender Bedeutung gewesen. Er ist der Ansicht, er habe die Bewährungszeit vorgearbeitet. Der Bewährungsaufstieg könne nicht davon abhängen, wie das entsprechende Arbeitszeitvolumen in verschiedenen Teilzeitphasen verteilt sei. Dieses Ergebnis ergebe sich auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Bewährungsaufstieg sei ihm im Übrigen auch besonders zugesichert worden. Der Anspruch ergebe sich ferner auch aus der schuldhaft falschen Auskunft. Der Arbeitgeber müsse, wenn er sich zur Auskunft entschließe, diese auch richtig und vollständig erteilen.

13

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers erklärt, soweit er bisher ausgeführt habe, dass der Erhalt des Bewährungsaufstiegs für die Entscheidung des Klägers zum Abschluss der Altersteilzeitvereinbarung von entscheidender Bedeutung gewesen sei, wäre die Alternative wohl nicht die Fortsetzung als Vollzeitverhältnis, sondern ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis, allerdings nicht im Blockmodell, sondern im Teilzeitmodell gewesen. 14

Der Kläger hat zuletzt beantragt festzustellen, dass das beklagte Land verpflichtet ist, ihm ab dem 1. Dezember 2007 die Vergütung und die Aufstockungsleistungen nach dem Altersteilzeit-Tarifvertrag nach der Vergütungsgruppe Ib der Vergütungsordnung zum BAT zu zahlen. 15

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat die Auffassung vertreten, der Bewährungsaufstieg könne nicht in der Freistellungsphase stattfinden. Die Bewährungszeit könne nicht vorgearbeitet werden. Der Bewährungsaufstieg sei weder vertraglich zugesichert worden noch zur Geschäftsgrundlage geworden. Ein Schadensersatzanspruch bestehe nicht. Die Frage des Klägers bzw. seine Bitte um Auskunft habe nur dahin verstanden werden können, dass das beklagte Land eine Auskunft über die rechtliche Einschätzung der Frage erteilen solle. Diese Frage habe es nach bestem Wissen beantwortet, auch wenn es eine - objektiv unrichtige - Einschätzung der Rechtslage mitgeteilt habe. Jedenfalls fehle es an einem Verschulden. Zudem wäre es genauso gut möglich gewesen, dass der Kläger die Vereinbarung auch ohne den Bewährungsaufstieg abgeschlossen hätte. 16

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht dem Klageantrag stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt das beklagte Land die Klageabweisung. 17



## Entscheidungsgründe

- A. Die Revision des beklagten Landes ist begründet. Sie führt zur Wiederherstellung der klageabweisenden Entscheidung des Arbeitsgerichts. 18
- I. Die Feststellungsklage ist zulässig. 19
1. Die Parteien streiten darüber, ob die dem Kläger im Altersteilzeitarbeitsverhältnis zu zahlende Altersteilzeitvergütung (*Teilzeitentgelt und Aufstockungsbetrag*) seit dem 1. Dezember 2007 bis zum 30. September 2009 (*Ende des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses*) auf der Grundlage der Vergütungsgruppe IIa oder der Vergütungsgruppe Ib Teil I der Anlage 1a zum BAT-O zu berechnen ist. Das ist eine Folge, die sich aus dem Altersteilzeitarbeitsverhältnis ergibt. Sie kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein. Eine allgemeine Feststellungsklage muss sich nicht notwendig auf das gesamte Rechtsverhältnis erstrecken. Sie kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken (*st. Rspr., vgl. Senat 15. Dezember 2009 - 9 AZR 46/09 - Rn. 21, NZA 2010, 452; 15. September 2009 - 9 AZR 757/08 - Rn. 22, EZA GewO § 106 Nr. 4*). 20
2. Das gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse ist noch in der Revisionsinstanz gegeben, obwohl das Altersteilzeitarbeitsverhältnis am 30. September 2009 endete. 21
- a) Ein vergangenes Rechtsverhältnis kann nur Gegenstand einer Feststellungsklage sein, wenn sich aus ihm nach dem Klagevortrag noch Rechtsfolgen für Gegenwart oder Zukunft ergeben (*vgl. Senat 16. Oktober 2007 - 9 AZR 144/07 - Rn. 20 mwN, AP GewO § 106 Nr. 2*). Eine Partei kann die ursprünglich auf Feststellung eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses aufgewandten Mühen nur dann aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit für die Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses verwerten, soweit eine 22

Frage rechtskräftig geklärt wird, die für künftige Rechtsstreitigkeiten erheblich sein kann (*Senat 21. Juli 2009 - 9 AZR 279/08 - Rn. 25*).

b) Der Kläger muss sich nicht auf den Vorrang einer Leistungsklage verweisen lassen. Für eine Feststellungsklage besteht trotz der Möglichkeit einer grundsätzlich vorrangigen Leistungsklage ein Feststellungsinteresse. Durch das Feststellungsurteil werden weitere Prozesse vermieden. Es ist zu erwarten, dass ein öffentlicher Arbeitgeber sich einer gerichtlichen Feststellung entsprechend verhält (*vgl. Senat 16. August 2005 - 9 AZR 580/04 - zu II 1 der Gründe mwN, EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 17*). 23

II. Der Kläger hat weder nach § 4 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 und 2 TV ATZ, § 23a BAT-O iVm. Vergütungsgruppe IIa - Fallgruppe 1b - Teil I der Anlage 1a zum BAT-O noch aus § 280 Abs. 1 Satz 1, § 241 Abs. 2 BGB iVm. § 249 Abs. 1 BGB noch aus sonstigen Rechtsgründen Anspruch auf Altersteilzeitvergütung und Aufstockungsleistungen nach der Vergütungsgruppe Ib. 24

1. Der Anspruch auf die geltend gemachte Altersteilzeitvergütung und den erhöhten Aufstockungsbetrag ergibt sich nicht aus dem Tarifvertrag. 25

a) Auf das Altersteilzeitarbeitsverhältnis der Parteien ist kraft einzelvertraglicher Bezugnahme in dem Altersteilzeitarbeitsvertrag vom 20. Oktober 2003 der TV ATZ in Verbindung mit dem Tarifvertrag zur Anwendung von Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes (*Anwendungs-TV Land Berlin*) vom 31. Juli 2003 - dieser in der jeweils geltenden Fassung - anzuwenden. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Anwendungs-TV Land Berlin gilt damit der TV ATZ in der am 31. Januar 2003 geltenden Fassung. Nach § 2 Abs. 1 Anwendungs-TV Land Berlin finden auf die Arbeitsverhältnisse die zwischen der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (*TdL*) und ver.di vereinbarten und ua. für Angestellte geltenden Tarifverträge in der am 1. Januar 2003 geltenden Fassung unter Berücksichtigung der sich durch die Tarifverträge vom 31. Januar 2003 ergebenden Änderungen Anwendung. Damit ist der BAT-O einschließlich Teil I der Anlage 1a zum BAT-O auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anzuwenden. 26

- b) Der Kläger hat keinen Anspruch auf Altersteilzeitvergütung nach Vergütungsgruppe Ib - Fallgruppe 1c - Teil I der Anlage 1a zum BAT-O. Er erfüllt nicht die Voraussetzungen des Bewährungsaufstiegs in diese Vergütungsgruppe. Das setzt eine sechsjährige Bewährung in Vergütungsgruppe IIa - Fallgruppe 1b - Teil I der Anlage 1a zum BAT-O voraus. Da ihm die Tätigkeiten dieser Vergütungsgruppe erst mit Wirkung zum 1. Dezember 2001 übertragen wurden, konnte er sich wegen fehlender sechsjähriger ununterbrochener Arbeitsleistung in dieser Vergütungsgruppe nicht bewähren. 27
- aa) Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts „spart“ der Altersteilzeitarbeitnehmer im Blockmodell nicht während der Arbeitsphase mit der Hälfte seiner Arbeitszeit Bewährungszeit an. Nach der bestehenden tariflichen Regelung kommt ein Bewährungsaufstieg in der Freistellungsphase nicht in Betracht (*vgl. Senat 4. Oktober 2005 - 9 AZR 449/04 - zu B I 3 d und g (3) der Gründe, BAGE 116, 86*). Aus den Bestimmungen in § 4 TV ATZ und den Regelungen in § 23a BAT-O folgt vielmehr, dass ein Bewährungsaufstieg von einem Altersteilzeitarbeitnehmer im Blockmodell weder „vorgearbeitet“ wird, noch seine Bewährung während der Freistellungsphase stattfinden kann. 28
- (1) Im Blockmodell des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses kann die Bewährungszeit nicht in der Arbeitsphase vorgearbeitet werden. Hierfür fehlt eine entsprechende tarifliche Regelung. 29
- (a) § 4 TV ATZ regelt lediglich die Berechnungsgrundlagen für die Teilzeitvergütung. Nach § 4 Abs. 1 TV ATZ erhält der Arbeitnehmer die Bezüge, die sich für entsprechende Teilzeitkräfte bei Anwendung der tariflichen Vorschriften ergeben, wenn es sich nicht um unständige Bezügebestandteile handelt. Eine Bewertung der Arbeitsleistung im Hinblick auf einen Bewährungsaufstieg regelt § 4 TV ATZ nicht. Zudem kann auch ein Altersteilzeitarbeitnehmer im Blockmodell nur die Bezüge erhalten, die eine entsprechende Teilzeitkraft bei Anwendung der tariflichen Vorschriften erhalten würde. Ein Teilzeitbeschäftigter außerhalb eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses im Blockmodell kann die Bewährungszeit durch Vorarbeit oder Überstunden nicht verkürzen, sondern 30

muss - wie auch eine Vollzeitkraft - die Bewährungszeit unter Beachtung der Bestimmungen in § 23a BAT-O vollständig absolvieren.

(b) Auch § 23a BAT-O lässt bei einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell weder eine Verkürzung der Bewährungszeit durch „Ansparen“ in der Arbeitsphase noch eine Bewährung in der Freistellungsphase zu. Eine Höhergruppierung aufgrund Bewährungsaufstiegs setzt voraus, dass der Angestellte die entsprechende Tätigkeit ausübt, die volle Bewährungszeit abgelaufen ist und der Angestellte sich tatsächlich bewährt hat. Sämtliche Anspruchsvoraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (*BAG 9. März 1994 - 4 AZR 228/93 - zu II 1 b der Gründe, AP BAT § 23a Nr. 32 = EzBAT BAT § 23a Bewährungsaufstieg Nr. 27*). Unter welchen Voraussetzungen die Bewährungszeit erfüllt wird, richtet sich nach § 23a BAT-O. Gemäß § 23a Satz 2 Nr. 4 BAT-O muss die Bewährungszeit ununterbrochen zurückgelegt sein. Unschädlich sind allerdings Unterbrechungen von bis zu sechs Monaten. In § 23a Satz 2 Nr. 4 BAT-O sind die Unterbrechungen abschließend aufgeführt, welche ebenfalls für die Bewährung unschädlich sind, wobei allerdings mit fünf abschließend aufgezählten Ausnahmen die Unterbrechungszeiten nicht auf die Bewährungszeit angerechnet werden. Eine Regelung hinsichtlich der Auswirkungen eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses im Blockmodell auf die Erfüllung der Bewährungszeit enthält § 23a BAT-O nicht. Deshalb wird die Bewährungszeit durch die Freistellungsphase unterbrochen, weil der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistungen mehr erbringt. Die Zeit der Freistellungsphase wird nach § 23a BAT-O nicht auf die Bewährungszeit angerechnet, weil es an einer Anrechnungsvorschrift fehlt. Dies führt dazu, dass die vor Ablauf der Arbeitsphase nicht erfüllte Bewährungszeit in der Freistellungsphase nicht mehr erfüllt werden kann.

31

(2) Nach § 23a Satz 2 Nr. 6 BAT-O werden lediglich Bewährungszeiten, in denen der Angestellte mit einer kürzeren als der regelmäßigen Arbeitszeit eines entsprechenden vollzeitbeschäftigten Angestellten beschäftigt war, voll angerechnet. Anders könnte es allenfalls sein, wenn § 23a BAT-O die Bewährungszeit in Arbeitsstunden bemessen würde. Dann käme es nicht darauf

32

an, ob sich die Arbeitszeit täglich oder wöchentlich verringerte oder in Blöcke aufgeteilt wird. Da die Bewährungszeit aber gemäß Vergütungsgruppe Ib - Fallgruppe 1c - Teil I der Anlage 1a zum BAT-O in Jahren bemessen wird, muss sich der Arbeitnehmer über diesen gesamten sechsjährigen Zeitraum bewähren.

bb) Der Kläger kann aus denselben Gründen auch keine Aufstockungsleistungen auf der Grundlage der Vergütungsgruppe Ib Teil I der Anlage 1a zum BAT-O beanspruchen. Er ist auch nicht so zu stellen, als ob er mit Wirkung zum 1. Dezember 2007 den Bewährungsaufstieg absolviert hätte. Dafür bietet § 5 TV ATZ keine rechtliche Grundlage. 33

(1) Nach § 5 Abs. 1 TV ATZ sind die dem Arbeitnehmer nach § 4 TV ATZ zustehenden Bezüge zuzüglich des darauf entfallenden sozialversicherungspflichtigen Teils der vom Arbeitgeber zu tragenden Umlage zur Zusatzversorgungseinrichtung um 20 vH dieser Bezüge aufzustocken. Gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 TV ATZ ist zusätzlich eine auf das Nettoeinkommen bezogene Vergleichsrechnung durchzuführen. Der Arbeitnehmer hat danach Anspruch auf einen Mindestnettobetrag, der so hoch sein muss, dass er 83 vH des Nettobetrags des bisherigen Arbeitsentgelts erhält. Der für den Mindestnettobetrag maßgebliche Begriff „bisheriges Arbeitsentgelt“ wird in § 5 Abs. 2 Satz 2 TV ATZ definiert. Als bisheriges Arbeitsentgelt ist anzusetzen „das ... Arbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer für eine Arbeitsleistung bei bisheriger wöchentlicher Arbeitszeit (§ 3 Abs. 1 Unterabs. 2) zu beanspruchen hätte“. In der Vorschrift wird damit zwischen den beiden für die Bemessung von Entgelt typischen Faktoren Geld und Zeit unterschieden. Dabei bezieht sich nach der Rechtsprechung des Senats das Arbeitsentgelt (*Geldfaktor*) auf das Entgelt, das der Arbeitnehmer ohne Begründung des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses zu beanspruchen hätte, während der Zeitfaktor vergangenheitsbezogen ist. Er betrifft die Feststellung der vor Beginn der Altersteilzeit geltenden Arbeitszeit (*Senat 11. April 2006 - 9 AZR 369/05 - Rn. 44, BAGE 118, 1*). 34

(2) Aus § 5 Abs. 2 Satz 2 TV ATZ lässt sich nicht herleiten, für die Berechnung des jeweiligen Aufstockungsbetrags sei die berufliche Entwicklung 35

des Arbeitnehmers fiktiv nachzuzeichnen (*vgl. auch Senat 11. April 2006 - 9 AZR 369/05 - Rn. 48, BAGE 118, 1 zu der Frage, welche Auswirkungen Arbeitszeiterhöhungen oder Arbeitszeitverringerungen auf den Aufstockungsbetrag haben*). Der „Geldfaktor“ bezieht sich nur auf die Höhe des Entgelts, das der Altersteilzeitarbeitnehmer ohne Reduzierung der Arbeitszeit in dem jeweiligen Monat des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses nach den maßgeblichen Vergütungstarifverträgen beanspruchen könnte. Welche Vergütungsgruppe dagegen für die Bestimmung der Teilzeitvergütung zu berücksichtigen ist, kann sich jedenfalls dann nur nach der in der Arbeitsphase tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung richten, wenn die Tätigkeit für die Eingruppierung maßgeblich ist. Das ist nach der bestehenden Vergütungsordnung zu bewerten. Bei einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Blockmodell ist der in der Freistellungsphase zu zahlende Aufstockungsbetrag nach dem Entgelt zu berechnen, welches dem Arbeitnehmer in der Freistellungsphase nach den Vergütungstarifverträgen zustehen würde. Es ist dabei die Vergütungsgruppe zugrunde zu legen, in die die Tätigkeit während der Arbeitsphase nach der Vergütungsordnung einzugruppiert war. Eine rechtliche Grundlage für die Fiktion eines eingetretenen Bewährungsaufstiegs gewährt § 5 Abs. 2 Satz 2 TV ATZ damit nicht (*aA Kulok ZTR 2006, 420, 421; aA auch Müll in Das Tarifrecht der Angestellten im öffentlichen Dienst Stand Januar 2007 TV Altersteilzeit § 4 Rn. 2; vgl. aber auch Uttlinger/Breier/Kiefer/Hoffmann/Dassau BAT Stand März 2010 TV ATZ Erl. 5.5*).

(3) Bereits der Tarifwortlaut in § 5 Abs. 2 Satz 2 TV ATZ besagt nicht, dass zur Berechnung des „bisherigen Arbeitsentgelts“ zu fingieren ist, wie sich das Arbeitsverhältnis und die berufliche Stellung des Arbeitnehmers ohne Verringerung der Arbeitszeit voraussichtlich entwickelt hätte. Es fehlt ferner ein Maßstab, an dem sich die berufliche Entwicklung nachzeichnen ließe. Es kann nicht angenommen werden, die Höhe der Aufstockungsleistungen im Rahmen eines als Blockmodell durchgeführten Altersteilzeitarbeitsverhältnisses solle von Mutmaßungen über den weiteren beruflichen Werdegang des Altersteilzeitarbeitnehmers abhängen. Auch der Bewährungsaufstieg erfolgt nicht allein aufgrund Zeitablaufs. Es genügt nicht, die Arbeitsleistung über die geforderte Bewährungszeit lediglich zu erbringen. Der Angestellte muss sich während der

36

vorgeschriebenen Bewährungszeit den in der ihm übertragenen Tätigkeit auftretenden Anforderungen gewachsen gezeigt haben (§ 23a Satz 2 Nr. 1 BAT-O). Neben den Anforderungen, die sich aus der arbeitsvertraglichen Hauptpflicht des Angestellten zur Arbeitsleistung ergeben, sind dabei auch solche Nebenpflichten zu berücksichtigen, die mit dieser Hauptpflicht in unlösbarem Zusammenhang stehen (BAG 17. Februar 1993 - 4 AZR 196/92 - zu II 3 b aa der Gründe, BAGE 72, 247).

(4) Auch Sinn und Zweck der Aufstockungsleistungen rechtfertigen es nicht, eine voraussichtliche berufliche Entwicklung des Altersteilzeitarbeitnehmers ohne Reduzierung der Arbeitszeit für die Bemessung der Aufstockungsbeträge in der Freistellungsphase zugrunde zu legen. Gesichert werden soll nur der bisherige Lebensstandard des Altersteilzeitarbeitnehmers. 37

(5) Nach Satz 2 der Protokollerklärung zu § 5 Abs. 2 TV ATZ sind lediglich allgemeine Bezügeerhöhungen zu berücksichtigen, soweit die zugrunde liegenden Bezügebestandteile ebenfalls an allgemeinen Bezügeerhöhungen teilnehmen. Der Bewährungsaufstieg stellt keine allgemeine Bezügeerhöhung dar, sondern ist Tatbestandsmerkmal bestimmter Vergütungsgruppen. Die Erfüllung des Bewährungsaufstiegs hängt von individuellen Merkmalen ab. 38

(6) Diese Auslegung entspricht auch dem Willen der Tarifvertragsparteien. Dies folgt aus der Tarifgeschichte. So forderten die Gewerkschaften in den Verhandlungen zum Abschluss des Änderungsvertrags Nr. 1 zum TV ATZ aF, Arbeitnehmern in der Freistellungsphase des Blockmodells nicht die Teilnahme an ua. Tätigkeitsaufstiegen, Fallgruppenaufstiegen und Bewährungsaufstiegen zu verwehren. Die Arbeitgebervertreter stellten hierzu eine positive Regelung in Aussicht. Das Bundesministerium des Innern, die TdL und die Vereinigung kommunaler Arbeitgeber erklärten in Rundschreiben, im Vorgriff auf eine entsprechende tarifvertragliche Ergänzung die Zeit der Freistellungsphase auf tariflich geforderte Bewährungs- oder Tätigkeitszeiten bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen anzurechnen (vgl. Rundschreiben des BMI vom 24. März 1999 - D II 4 - 220 770-1/18 GMBI. S. 343; vgl. auch Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese BAT Stand Juni 2006 Teil VI - Altersteilzeit-TV Erl. 15.1.2 mwN zu 39

den Rundschreiben der TdL und der VKA). Die maßgeblichen tarifvertraglichen Bestimmungen sind allerdings nicht geändert worden (vgl. auch Senat 4. Oktober 2005 - 9 AZR 449/04 - zu B I 3 d der Gründe, BAGE 116, 86). Das beklagte Land ist auch nicht an die Erklärung der TdL gebunden. Es trat bereits am 30. Juni 1994 aus der TdL aus.

Da die vom Kläger während der Arbeitsphase erbrachte Tätigkeit ausschließlich in die Vergütungsgruppe IIa Teil I der Anlage 1a zum BAT-O einzugruppieren war, sind auch die in der Freistellungsphase zu leistenden Aufstockungsbeträge nach dieser Vergütungsgruppe zu berechnen. 40

2. Soweit nach den tariflichen Bestimmungen ein Bewährungsaufstieg von einem Altersteilzeitarbeitnehmer im Blockmodell während der Freistellungsphase nicht mehr erfüllt werden kann, verstoßen die Tarifnormen weder gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG noch gegen das Benachteiligungsverbot gemäß § 7 Abs. 1 AGG. 41

a) Die Tarifvertragsparteien waren nicht aus Gleichheitsgründen gehalten zu bestimmen, dass während der Arbeitsphase Bewährungszeit für die Freistellungsphase angespart wird oder ein Bewährungsaufstieg auch in der Freistellungsphase erfolgen kann. 42

aa) Es kann dahinstehen, ob Tarifvertragsparteien als Normgeber unmittelbar an Art. 3 Abs. 1 GG oder nur mittelbar an dessen Grundsätze gebunden sind (für eine nur mittelbare Grundrechtsbindung BAG 25. Oktober 2007 - 6 AZR 95/07 - Rn. 23, BAGE 124, 284; 27. Mai 2004 - 6 AZR 129/03 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 111, 8; offengelassen von Senat 16. August 2005 - 9 AZR 378/04 - zu B II 3 a der Gründe, AP TVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 8 = EzA GG Art. 3 Nr. 103; 14. Oktober 2003 - 9 AZR 146/03 - zu I 3 b der Gründe, BAGE 108, 94; BAG 22. Dezember 2009 - 3 AZR 895/07 - Rn. 24, NZA 2010, 521). Für den Prüfungsmaßstab ist die dogmatische Herleitung ohne Bedeutung (Senat 16. August 2005 - 9 AZR 378/04 - zu B II 3 a der Gründe, aaO; vgl. BAG 27. Mai 2004 - 6 AZR 129/03 - zu B II 3 der Gründe, BAGE 111, 8). 43



bb) Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz setzt voraus, dass die Tarifvertragsparteien bei der Aufstellung tariflicher Vorschriften tatsächliche Gleichheiten oder Ungleichheiten außer Acht lassen, die so wesentlich sind, dass sie bei einer am allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtung hätten berücksichtigt werden müssen. Soweit es dabei um die Beurteilung tatsächlicher Umstände und möglicher Regelungsfolgen geht, steht den Tarifvertragsparteien eine Einschätzungsprärogative zu. Bei der inhaltlichen Gestaltung der Regelung haben sie einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte zu prüfen, ob die Tarifvertragsparteien die gerechteste und zweckmäßigste Lösung für den zu regelnden Sachverhalt gefunden haben. Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob die Tarifvertragsparteien ihren Gestaltungsspielraum überschritten haben (*st. Rspr., vgl. Senat 14. Oktober 2003 - 9 AZR 146/03 - zu I 3 b aa der Gründe mwN, BAGE 108, 94*).

44

cc) Gemessen daran haben die Tarifvertragsparteien den ihnen durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Gestaltungsspielraum nicht überschritten. Es gibt Sachgründe dafür, Altersteilzeitarbeitnehmern im Blockmodell den Bewährungsaufstieg nicht zu gewähren, wenn sie die Bewährungszeit nicht innerhalb der Arbeitsphase vollständig erfüllt haben. Diese Arbeitnehmer werden insoweit nicht ohne Sachgrund anders behandelt als die Altersteilzeitarbeitnehmer im Teilzeitmodell. Beide Arbeitnehmergruppen müssen dieselbe - nach Jahren bemessene - Bewährungszeit erfüllen, um im Wege des Bewährungsaufstiegs höhergruppiert zu werden. Es liegt in der nicht zu beanstandenden Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien, die Höhergruppierung aufgrund eines Bewährungsaufstiegs davon abhängig zu machen, dass ein Arbeitnehmer über eine bestimmte Anzahl von Jahren beanstandungsfrei die Tätigkeit und die maßgeblichen Nebenpflichten tatsächlich ausübt und insoweit nicht auf eine bestimmte Anzahl von erbrachten Arbeitsstunden abgestellt wird. Mit der zunehmenden Zeitdauer der Erbringung der Arbeitsleistung wird grundsätzlich sichergestellt, dass die Befähigung, die Arbeitsleistung zu erbringen, größer wird. Ein auf Jahre bemessener Zeitraum gibt zudem eine größere Gewähr dafür, dass ein Arbeitnehmer kontinuierlich den

45

Anforderungen der ihm übertragenen Arbeiten gewachsen ist und diese auch beanstandungsfrei ausüben kann. Jeder Arbeitnehmer kann im Laufe seines Lebens unterschiedliche Leistungsphasen durchlaufen, die sich auch auf die Arbeitsleistung auswirken können. Damit ist es aber auch sachlich gerechtfertigt, dass eine stundenmäßige Vorleistung der Arbeit durch einen Altersteilzeitarbeitnehmer nicht als Bewährungszeit angerechnet wird.

b) Durch die tariflichen Vorschriften werden Altersteilzeitarbeitnehmer im Blockmodell weder unmittelbar iSv. § 3 Abs. 1 AGG noch mittelbar iSv. § 3 Abs. 2 AGG wegen ihres Alters benachteiligt. Die Regelungen in §§ 4 und 5 TV ATZ gewähren den älteren Arbeitnehmern zunächst ausschließlich Vorteile. Dass ein Altersteilzeitarbeitnehmer im Blockmodell möglicherweise die Bewährungszeit wegen des Beginns der Freistellungsphase nicht mehr erfüllen kann, während ein Altersteilzeitarbeitnehmer im Teilzeitmodell wegen der kontinuierlichen Weiterarbeit die Bewährungszeit erfüllt, stellt keine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters dar. Für beide Arbeitnehmergruppen gelten dieselben Grundsätze für den Bewährungsaufstieg, nämlich die Erfüllung einer nach Jahren bemessenen Bewährungszeit (§ 23a BAT-O). Damit erfahren Arbeitnehmer nicht deshalb eine ungünstigere Behandlung, weil sie ein bestimmtes Alter haben. Die Regelung bestimmt für alle Arbeitnehmer völlig unabhängig von dem jeweiligen Lebensalter, dass eine Höhergruppierung erst möglich ist, wenn eine bestimmte, nach Jahren bemessene Bewährungszeit absolviert wurde. Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer während des Ablaufs der Frist älter wird, kann nicht als eine mittelbare Benachteiligung wegen des Alters angesehen werden. Sie würde im Übrigen auch jeden Arbeitnehmer treffen. Es ist auch sachlich gerechtfertigt, für die Höhergruppierung eine nach Jahren bemessene Bewährungszeit vorauszusetzen (vgl. zur Honorierung der Berufserfahrung EuGH 3. Oktober 2006 - C-17/05 - [Cadman] Slg. 2006, I-9583).

46

3. Die Parteien haben auch nicht vereinbart, dass der Kläger übertariflich so behandelt werden solle, als ob er den Bewährungsaufstieg erfüllt hätte.

47

a) Bei dem Altersteilzeitarbeitsvertrag vom 20. Oktober 2003 handelt es sich um einen vom Arbeitgeber vorformulierten Vertrag, der nach dem Erscheinungsbild mehrfach verwendet wird. Der Vertrag enthält über die persönlichen Daten des Klägers hinaus keine individuellen Besonderheiten. Den Inhalt solcher Musterverträge darf der Senat selbst uneingeschränkt nach §§ 133, 157 BGB auslegen (*für die st. Rspr. Senat 19. Mai 2009 - 9 AZR 145/08 - Rn. 42, AP ATG § 6 Nr. 5*). 48

b) Aus der Gesamtheit der Regelungen in dem Altersteilzeitarbeitsvertrag wird deutlich, dass sich die Bedingungen des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses ausschließlich nach den in diesem Vertrag genannten tariflichen Bestimmungen richten sollen. Zwar waren sowohl das beklagte Land als auch der Kläger bei Abschluss des Altersteilzeitarbeitsvertrags der Auffassung, dass gegebenenfalls in der Freistellungsphase des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses noch ein Bewährungsaufstieg stattfinden könne. Darauf wurde der Kläger von dem beklagten Land vor Abschluss des Altersteilzeitarbeitsvertrags hingewiesen. Die Erklärungen des beklagten Landes konnten, auch unter Berücksichtigung des abgeschlossenen Vertrags, gemäß §§ 133, 157 BGB nicht dahin verstanden werden, dass das beklagte Land dem Kläger damit einen übertariflichen Bewährungsaufstieg zusagen wollte. Für den Kläger aus objektiver Sicht erkennbar legte das beklagte Land in den Arbeitsmaterialien und Hinweisen nur die bestehenden tariflichen Vorschriften aus. Es ließ weder in den Arbeitsmaterialien noch in den Hinweisen für Angestellte noch durch die Mitarbeiterin der Personalstelle erkennen, es werde im Vorgriff auf eine tarifliche Ergänzung die Zeit der Freistellung auf tariflich geforderte Bewährungszeiten anrechnen. 49

Zudem sind die Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes durch Anweisungen vorgesetzter Dienststellen, Verwaltungsrichtlinien, Verordnungen und gesetzliche Regelungen, vor allem aber durch die Festlegungen des Haushaltsplans gebunden. Sie sind anders als private Arbeitgeber gehalten, die Bedingungen des Dienst- und Tarifrechts sowie die Haushaltsvorgaben bei der Gestaltung von Arbeitsverhältnissen zu beachten und können daher bei der Schaffung materieller Dienst- und Arbeitsbedingungen nicht autonom wie ein 50

Unternehmer der privaten Wirtschaft handeln. Aus diesem Grunde gilt im Zweifel, dass sie lediglich Normvollzug betreiben wollen. Ein Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes darf regelmäßig nur auf eine korrekte Anwendung der aktuell geltenden rechtlichen Regelungen vertrauen (*BAG 28. Januar 2009 - 4 AZR 904/07 - Rn. 24 f., AP BGB § 133 Nr. 56*).

c) Eine entsprechende Zusage des beklagten Landes lässt sich auch nicht seinem Schreiben vom 16. November 2005 entnehmen. Dort teilte es dem Kläger mit, dass er während der Freistellungsphase des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses den Bewährungsaufstieg vollenden und dann in die Vergütungsgruppe Ib höhergruppiert werde. 51

aa) Das Landesarbeitsgericht hat das Schreiben vom 16. November 2005 nicht ausgelegt. Das Revisionsgericht kann auch atypische Erklärungen selbst auslegen, wenn der erforderliche Sachverhalt vollständig festgestellt ist und kein tatsächliches Vorbringen mehr zu erwarten ist (*vgl. Senat 19. Mai 2009 - 9 AZR 505/08 - Rn. 20*). Das ist hier der Fall. 52

bb) Die Aussage zur Gewährleistung des Bewährungsaufstiegs in dem Schreiben vom 16. November 2005 bezieht sich zum einen nur auf die Arbeitsphase während des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses. Zum anderen geht das beklagte Land erkennbar ausschließlich von einer Tarifvertragsanwendung bei der Prüfung des Bewährungsaufstiegs aus. Der Kläger hatte dem beklagten Land seine eigenen Überlegungen und Feststellungen mitgeteilt und um Bestätigung dieser Feststellungen gebeten. Diese Feststellungen betrafen die Auswirkungen der Zuordnung zum Personalüberhang und den Übergangseinsatz bis zum Eintritt in die Freistellungsphase des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses. Das beklagte Land verwies als Antwort darauf allein auf den Anspruch des Arbeitnehmers, mit den Merkmalen der Vergütungsgruppe beschäftigt zu werden, auf die er einen Anspruch hat. Nur hierauf bezieht sich die Aussage: „Somit ist der Erhalt des Bewährungsaufstiegs gewährleistet.“ 53

4. Der Altersteilzeitarbeitsvertrag kann auch nicht gemäß § 313 BGB zugunsten des klägerischen Begehrens angepasst werden. 54

- a) Nach § 313 Abs. 1 BGB ist ein Vertrag anzupassen, wenn Umstände, die zu seiner Grundlage geworden sind, sich schwerwiegend verändert haben. Gemäß § 313 Abs. 2 BGB steht es einer Veränderung der Umstände gleich, wenn wesentliche Vorstellungen der Parteien, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. Voraussetzung für eine Vertragsanpassung ist, dass die Parteien den Vertrag nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten, wenn sie die Änderung vorausgesehen hätten. Weiterhin darf einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden können (*BAG 8. Oktober 2009 - 2 AZR 235/08 - Rn. 34 mwN, EzA KSchG § 2 Nr. 75*). Eine Anpassung kann nicht verlangt werden, wenn sie nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist (§ 313 Abs. 3 BGB). 55
- b) Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob die Klage, die im Übrigen nicht auf Zustimmung zur Anpassung, sondern direkt auf die nach dem angepassten Vertrag geschuldete Leistung zu richten ist (*vgl. Palandt/Grüneberg BGB 69. Aufl. § 313 Rn. 41*), voraussetzt, dass sich der Kläger zuvor erfolglos um eine vertragliche Anpassung bemüht hat (*vgl. zum Streitstand Palandt/Grüneberg aaO*). Denn ein Anspruch auf Anpassung des Altersteilzeitarbeitsvertrags mit der vom Kläger begehrten Rechtsfolge besteht nicht. 56
- aa) Die Parteien hatten bei Abschluss des Altersteilzeitarbeitsvertrags die Vorstellung, der Kläger könne auch noch in der Freistellungsphase den tariflichen Bewährungsaufstieg erfüllen. Ob es sich hierbei um eine wesentliche Vorstellung, die zur Grundlage des Vertrags geworden ist, handelt und ob die Parteien den Vertrag nicht oder mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten, wenn sie erkannt hätten, dass die tariflichen Vorschriften den Bewährungsaufstieg in der Freistellungsphase nicht mehr zulassen, kann dahinstehen. Ein Festhalten an dem Vertrag ist dem Kläger nicht unzumutbar. Dazu müssten Grenzen des vertraglich übernommenen Risikos überschritten sein mit der Folge, dass die benachteiligte Vertragspartei ihr Interesse in der getroffenen Vereinbarung nicht mehr auch nur annähernd gewahrt sehen kann (*vgl. Senat*). 57

14. März 2000 - 9 AZR 204/99 - zu B II 3 b aa der Gründe, ZTR 2001, 278). Die Unzumutbarkeit setzt regelmäßig voraus, dass das Festhalten am Vertrag zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde (BAG 28. September 2006 - 8 AZR 568/05 - Rn. 22, AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 45 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitgeberhaftung Nr. 5). Dies erfordert eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände, insbesondere auch der Vorteile, die der betroffenen Partei neben den Nachteilen erwachsen sind (Palandt/Grüneberg § 313 Rn. 24).

bb) Der Kläger hat nicht schlüssig vorgetragen, dass ihm ein Festhalten an dem geschlossenen Altersteilzeitarbeitsvertrag unzumutbar ist. Allein der Umstand, dass die Parteien die unzutreffende Vorstellung hatten, der Kläger könne in der Freistellungsphase noch einen Bewährungsaufstieg verwirklichen, macht ein Festhalten an dem geschlossenen Altersteilzeitarbeitsvertrag für den Kläger nicht unzumutbar. Der Altersteilzeitarbeitsvertrag begründete Ansprüche des Klägers auf die tariflichen Leistungen für Altersteilzeitarbeitnehmer und damit ein ausreichendes Äquivalent für seine erbrachten Arbeitsleistungen. Trotz Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses bis zum 30. September 2009 musste der Kläger aufgrund der Vorleistung der Arbeit seit dem 16. Oktober 2006 keine Arbeitsleistungen mehr erbringen. Allein die gescheiterte Höhergruppierung für die Zeit vom 1. Dezember 2007 bis 30. September 2009 führt nicht zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnissen. 58

c) Im Übrigen kann der Kläger die von ihm begehrte Vertragsanpassung auch nicht deshalb verlangen, weil sie für das beklagte Land unzumutbar wäre (§ 313 Abs. 3 BGB). 59

aa) Eine Vertragspartei kann nur solche Vertragsanpassungen verlangen, die sich aus den Änderungen bzw. der Störung ergeben. Aufgrund einer beiderseitigen Interessenabwägung muss die begehrte Vertragsänderung für beide Parteien zumutbar sein (vgl. BGH 21. Dezember 2005 - X ZR 108/03 - zu 2 d der Gründe, NJW-RR 2006, 699; Palandt/Grüneberg § 313 Rn. 40). Die Anpassung ist nicht möglich, wenn sie zu einer Überkompensation führt (vgl. 60

*Senat 18. Februar 2003 - 9 AZR 136/02 - zu 12 c bb (2) der Gründe, BAGE 105, 100).*

bb) Eine Anpassung des Vertrags dahingehend, dass der Kläger Bezüge und Aufstockungsleistungen nach dem TV ATZ, die seit dem 1. Dezember 2007 nach der Vergütungsgruppe Ib Teil I der Anlage 1a zum BAT-O berechnet werden, erhält, stellte eine Überkompensation dar. Denn der Kläger erhalte hiermit eine übertarifliche Leistung. Er erfüllte die tariflich vorgeschriebene Bewährungszeit nicht. Eine solche Vertragsanpassung ist für das beklagte Land nicht zumutbar. Beide Vertragsparteien haben in dem geschlossenen Altersteilzeitarbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart, dass die Tarifverträge anzuwenden sind. Auch eine Umstellung des Altersteilzeitarbeitsvertrags auf eine Arbeitszeitverteilung im Teilzeitmodell war im Zeitpunkt des Anpassungsbegehrens angesichts der bereits vorgeleisteten Arbeit nicht mehr möglich. 61

5. Der Kläger hat keinen Schadensersatzanspruch auf Altersteilzeitvergütung und Aufstockungsleistungen nach der Vergütungsgruppe Ib Teil I der Anlage 1a zum BAT-O gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1, § 241 Abs. 2 BGB iVm. § 249 Abs. 1 BGB. Dabei kann dahinstehen, ob das beklagte Land seine vertragliche Nebenpflicht, dem Kläger weder falsche noch unvollständige Auskünfte zu erteilen, schuldhaft verletzt. Jedenfalls hat der Kläger nicht dargelegt, dass eine solche Pflichtverletzung kausal für den geltend gemachten Schaden gewesen wäre. 62

a) Das Landesarbeitsgericht hat zur Kausalität keine für das Revisionsgericht gemäß § 559 Abs. 2 ZPO bindenden Feststellungen getroffen. Bindend sind nur die eindeutigen und nicht die in sich widersprüchlichen Feststellungen (*Zöller/Heßler ZPO 28. Aufl. § 559 Rn. 11*). Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, der Kläger hätte bei richtiger Auskunft die „volle Vergütung“ einschließlich der aus dem Bewährungsaufstieg resultierenden höheren Vergütung erhalten. Damit scheint es davon ausgegangen zu sein, der Kläger hätte bei ordnungsgemäßer Unterrichtung keinen Altersteilzeitarbeitsvertrag abgeschlossen. Dies ist insoweit widersprüchlich, als es nicht dem vom Landesarbeitsgericht tatsächlich zuerkannten Schaden entspricht, nämlich einer 63

Altersteilzeitvergütung nach Vergütungsgruppe Ib Teil I der Anlage 1a zum BAT-O und nicht der Vergütung eines Vollzeitarbeitnehmers. Der Kläger begehrt auch nur die Teilzeitvergütung und die Aufstockungsleistungen nach dem TV ATZ.

b) Der Kläger hat die Kausalität zwischen einer möglichen Pflichtverletzung des beklagten Landes und dem geltend gemachten Schaden nicht schlüssig dargelegt. 64

aa) Der Kläger, den die Darlegungs- und Beweislast für die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden trifft (vgl. Senat 4. Oktober 2005 - 9 AZR 598/04 - zu 6 a bb der Gründe, BAGE 116, 104), hat nicht behauptet, er hätte bei Kenntnis der wahren Rechtslage nicht den Altersteilzeitarbeitsvertrag im Blockmodell, sondern im Teilzeitmodell abgeschlossen. 65

Er hat erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht am 19. Januar 2009 vorgetragen: „Soweit der Kläger bisher ausgeführt hat, dass der Erhalt des Bewährungsaufstiegs für seine Entscheidung zum Abschluss der Altersteilzeitvereinbarung von entscheidender Bedeutung gewesen sei, wäre die Alternative wohl nicht die Fortsetzung als Vollzeitarbeitsverhältnis, sondern ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis, allerdings nicht im Blockmodell gewesen (Teilzeitmodell).“ Das ist lediglich eine nachträgliche rechtliche Würdigung des Prozessbevollmächtigten des Klägers und kein Tatsachenvortrag. Selbst ein rechtzeitiges Vorbringen in der Tatsacheninstanz, die Partei hätte, wenn sie die Fehlerhaftigkeit der Auskunft gekannt hätte, die für sie günstigere Alternative gewählt, wäre als zu pauschale Tatsachenbehauptung anzusehen (vgl. BAG 9. Mai 2007 - 4 AZR 351/06 - Rn. 30: „in jeder Hinsicht unsubstantiiert“). Da bei gehöriger Aufklärung sich damals mehrere Entscheidungsalternativen stellten, hätten nachvollziehbar die Gründe dargelegt werden müssen, welche der Entscheidungsvarianten sich für den Kläger unter Berücksichtigung aller Vor- und Nachteile als die günstigere erwiesen hätte. 66

bb) Die erstmals in der Revisionsinstanz aufgestellte Behauptung, der Kläger hätte von vornherein bei richtiger Auskunft die Altersteilzeitvereinbarung 67



nicht im Blockmodell, sondern im alternativ angebotenen Teilzeitmodell abgeschlossen, kann schon deswegen nicht berücksichtigt werden, weil sie als neuer Vortrag anzusehen ist. Das beklagte Land hatte bereits in der ersten Instanz vorgebracht, ihm sei bei Abschluss des Altersteilzeitarbeitsvertrags nicht bekannt gewesen, dass der Kläger bei Kenntnis der Rechtslage den Altersteilzeitarbeitsvertrag nicht abgeschlossen hätte. Aus seiner Sicht wäre es im Hinblick auf die mit einem Altersteilzeitarbeitsverhältnis für den Betroffenen verbundenen Vorteile genauso gut möglich gewesen, dass der Kläger die Vereinbarung auch ohne den Bewährungsaufstieg abgeschlossen hätte. Hierbei handelt es sich um eine zulässige Erklärung mit Nichtwissen gemäß § 138 Abs. 4 ZPO über die Kausalität. Der Kläger hat auch keine Verfahrensrüge erhoben.

cc) Dem Kläger kommt auch nicht die „Vermutung aufklärungspflichtigen Verhaltens“ zugute. 68

(1) Es gilt der Grundsatz, dass eine richtig informierte Partei sich interessengerecht verhält (*Senat 4. Oktober 2005 - 9 AZR 598/04 - zu 6 a bb der Gründe, BAGE 116, 104; 10. Februar 2004 - 9 AZR 401/02 - zu A IV 2 der Gründe, BAGE 109, 294; vgl. auch BAG 14. Januar 2009 - 3 AZR 71/07 - Rn. 49 mwN, AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 7*). Diese Vermutung setzt voraus, dass bei pflichtgemäßer Auskunft vernünftigerweise nur eine Entscheidungsmöglichkeit ernsthaft in Betracht kam. Hingegen ist diese Vermutung nicht begründet, wenn eine gehörige Aufklärung beim Vertragspartner einen Entscheidungskonflikt ausgelöst hätte, weil es vernünftigerweise nicht nur eine, sondern mehrere Möglichkeiten aufklärungsrichtigen Verhaltens gab (*vgl. BGH 19. September 2006 - XI ZR 204/04 - Rn. 43, BGHZ 169, 109; BGH 9. Juni 1998 - XI ZR 220/97 - zu II 2 a der Gründe mwN, WM 1998, 1527*). 69

(2) So ist es hier. Bei der richtigen Auskunft des beklagten Landes, dass im Blockmodell ein Bewährungsaufstieg nicht möglich sei, wären mindestens zwei Entscheidungsmöglichkeiten für den Kläger in Betracht gekommen. Er hätte, um den Bewährungsaufstieg zu gewährleisten, überhaupt keinen Altersteilzeitarbeitsvertrag oder einen Altersteilzeitarbeitsvertrag im Teilzeitmodell schließen 70

können. Gegen die Variante Altersteilzeit mit kontinuierlicher Teilzeit spricht, dass die Altersteilzeit im Blockmodell für viele Arbeitnehmer den entscheidenden Vorteil bietet, zunächst mit ihrer bisherigen Arbeitszeit weiterarbeiten zu können, um dann aber über einen erheblichen Zeitraum von der Arbeitsleistung vollständig freigestellt zu sein. Dieses Modell gewährt den Arbeitnehmern eine hohe Flexibilität hinsichtlich ihrer Lebens- und Freizeitgestaltung. Aufgrund dieses Umstands kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein vernünftiger Arbeitnehmer allein wegen der bloßen Möglichkeit einer Höhergruppierung aufgrund eines Bewährungsaufstiegs in der zweiten Hälfte des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses sich für das Teilzeitmodell entscheiden würde. Dasselbe gilt für die mögliche Variante, überhaupt keinen Altersteilzeitarbeitsvertrag zu schließen.

B. Der Kläger hat als unterliegende Partei die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen (§ 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO).

71

Düwell

Gallner

Krasshöfer

Pfelzer

Neumann