

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 287/09
3 Sa 29/08
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Juli 2010

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Juli 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Düwell, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner sowie den ehrenamtlichen Richter Ropertz und die ehrenamtliche Richterin Wege für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 12. März 2009 - 3 Sa 29/08 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über den Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags. 1

Die Klägerin ist seit 1992 als Küchenhilfe für die Beklagte tätig. Sie ist Mitglied der Gewerkschaft ver.di. Die Beklagte ist ein Studentenwerk in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Sie ist Mitglied der Tarifgemeinschaft deutscher Länder. 2

Im Arbeitsvertrag der Parteien vom 9. Juli 1997 heißt es: 3

„§ 1

Frau G, geboren am 3. April 1946, wird ab 9. Juli 1997 beim STUDENTENWERK ULM für die Betriebszeiten der Mensa der FH Ulm als vollbeschäftigte Saisonarbeiterin mit Dienstort Ulm unter der Bezeichnung Küchenhilfe für Tätigkeiten der Lohngruppe MTArb 1a weiterbeschäftigt.

...

§ 2

Das Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach dem Manteltarifvertrag für Arbeiterinnen und Arbeiter des Bundes und der Länder (MTArb) vom 6. Dezember 1995 (GABl. 1996, S. 388) und den diesen ergänzenden, ändernden oder an seine Stelle tretenden Tarifverträgen.

...

§ 3

Nebenabreden

Der Urlaubsanspruch ist nach Rücksprache mit dem zuständigen Abteilungsleiter für die Zeit der Semesterferien anzumelden.

Die Sonderregelungen für vorübergehend beschäftigte und nicht vollbeschäftigte Arbeiter nach § 2 Buchst. k (SR 2k MTArb) finden entsprechende Anwendung.

...“

Nach § 48 Abs. 7 des MTArb vom 6. Dezember 1995 idF des Änderungstarifvertrags Nr. 4 vom 31. Januar 2003 beträgt der Erholungsurlaub des Arbeiters, dessen durchschnittliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit auf fünf Arbeitstage in der Woche verteilt ist (*Fünftagewoche*), nach vollendetem 40. Lebensjahr 30 Arbeitstage. 4

In Nr. 6 der Sonderregelungen für den Bereich der Länder zum MTArb für vorübergehend beschäftigte und für nicht vollbeschäftigte Arbeiter nach § 2 Abs. 1 Abschn. B Buchst. k (*SR 2k*) ist bestimmt: 5

„Nr. 6

Zu § 48 - Erholungsurlaub

Zu § 49 - Zusatzurlaub

Die §§ 48 und 49 sind mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

- a) Für den vorübergehend beschäftigten Arbeiter, der nicht Saisonarbeiter ist, beträgt der Urlaub $2 \frac{1}{6}$ Arbeitstage für jeden vollen Beschäftigungsmonat.
- b) Für den Saisonarbeiter beträgt der Urlaub ein Zwölftel des Urlaubs nach § 48 Abs. 7 für jeden vollen Beschäftigungsmonat.
- c) Der nach Buchstabe a oder b zustehende Urlaub ist auf volle Tage aufzurunden.

...“

Die Beklagte meldet die Klägerin bei den Sozialversicherungsträgern ab, wenn die Mensa während der Semesterferien geschlossen wird und kein Urlaub oder Zeitausgleich für Überarbeit zu gewähren ist. 6

Die Klägerin wurde wegen der Schließung der Mensa im Jahr 2001 an 23 Tagen, 2002 an acht Tagen, 2003 an 21 Tagen und 2005 an 20 Tagen nicht beschäftigt. In den Jahren 2006 und 2007 wurde sie ununterbrochen beschäftigt. 7

Auf das Arbeitsverhältnis ist aufgrund beiderseitiger Organisationszugehörigkeit der Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit vom 5. Mai 1998 idF des Änderungstarifvertrags Nr. 2 vom 30. Juni 2000 (*TV ATZ*) anzuwenden. 8

§ 2 TV ATZ lautet: 9

„§ 2

Voraussetzungen der Altersteilzeitarbeit

- (1) Der Arbeitgeber kann mit Arbeitnehmern, die
 - a) das 55. Lebensjahr vollendet haben,
 - b) eine Beschäftigungszeit (z. B. § 19 BAT/BAT-O) von fünf Jahren vollendet haben und
 - c) innerhalb der letzten fünf Jahre vor Beginn der Altersteilzeitarbeit mindestens 1.080 Kalendertage in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch gestanden haben,die Änderung des Arbeitsverhältnisses in ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis auf der Grundlage des Altersteilzeitgesetzes vereinbaren; das Altersteilzeitarbeitsverhältnis muss ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Dritten Buches Sozialgesetzbuch sein.
- (2) Arbeitnehmer, die das 60. Lebensjahr vollendet haben und die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllen, haben Anspruch auf Vereinbarung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer hat den Arbeitgeber drei Monate vor dem geplanten Beginn des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses über die Geltendmachung des Anspruchs zu informieren; von dem Fristenfordernis kann einver-

nehmlich abgewichen werden.

- (3) Der Arbeitgeber kann die Vereinbarung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses ablehnen, soweit dringende dienstliche bzw. betriebliche Gründe entgegenstehen.
- (4) Das Altersteilzeitarbeitsverhältnis soll mindestens für die Dauer von zwei Jahren vereinbart werden. Es muss vor dem 1. Januar 2010 beginnen.“

Die Klägerin bat mit Schreiben vom 26. Juni 2006 und 28. Juli 2006 10
darum, einen Altersteilzeitarbeitsvertrag im Blockmodell zu schließen. Die
Beklagte lehnte die Anträge unter dem 8. August 2006 ab.

Die Klägerin meint in ihrer der Beklagten am 10. Dezember 2007 zu- 11
gestellten Klage, die Parteien hätten ein Arbeitsverhältnis und ein Be-
schäftigungsverhältnis vereinbart, nicht einzelne befristete Arbeits- und Be-
schäftigungsverhältnisse. Es sei nicht nachzuvollziehen, weshalb die Klägerin
bei den Sozialversicherungsträgern abgemeldet worden sei. Ihr sei in der
vorlesungsfreien Zeit stets Urlaub und Überstundenausgleich gewährt worden.
Werde das Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis nicht länger als einen Monat
unterbrochen, sei eine Abmeldung unzulässig. Jedenfalls sei nicht ersichtlich,
dass in der Arbeitsphase Unterbrechungszeiträume von über einem Monat nicht
hätten vermieden werden können. Die Beklagte habe den Urlaub der Klägerin
in die Schließungszeiträume der Mensa verlegen können.

Die Klägerin hat beantragt, 12
die Beklagte zu verurteilen, mit ihr einen Altersteilzeit-
arbeitsvertrag abzuschließen gemäß dem TV ATZ für den
Zeitraum vom 1. Mai 2007 bis 30. April 2011 im Block-
modell, wobei die Beschäftigungsphase die Zeit vom
1. Mai 2007 bis 30. April 2009 und die Freistellungsphase
die Zeit vom 1. Mai 2009 bis 30. April 2011 umfasst.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Ein rückwirkender 13
Abschluss des Altersteilzeitarbeitsvertrags sei nicht möglich, weil die Frei-
stellungsphase im Zeitpunkt der rechtskräftigen Ersetzung der Annahme-
erklärung bereits begonnen habe. Ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis

und ein Versicherungsverhältnis iSv. § 24 SGB III gälten nur dann als fortbestehend, wenn das Beschäftigungsverhältnis fort dauere.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat das erstinstanzliche Urteil abgeändert und der Klage stattgegeben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Das Landesarbeitsgericht habe ua. aufklären müssen, ob die Klägerin in der vorlesungsfreien Zeit zum Teil in der Cafeteria der Mensa gearbeitet habe. Im Zeitpunkt des Altersteilzeitantrags habe die Beklagte die Überlastquote überschritten gehabt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen. Der von der Beklagten in der Revisionsinstanz gehaltene Vortrag zu der Überforderungsgrenze könne nicht berücksichtigt werden. 14

Entscheidungsgründe

- A. Die Revision ist unbegründet. Die Klage hat Erfolg. 15
- I. Die Klage ist zulässig. 16
1. Sie ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 17
- a) Der Antrag ist so zu verstehen, dass die Beklagte verurteilt werden soll, das Angebot der Klägerin auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags anzunehmen. Mit Rechtskraft eines obsiegenden Urteils gilt die Annahmeerklärung nach § 894 Satz 1 ZPO als abgegeben. Zu welchem Zeitpunkt die fingierte Abgabe der Annahmeerklärung wirkt, beurteilt sich nach materiellem Recht. 18
- b) Das Altersteilzeitarbeitsverhältnis soll im Blockmodell in der Zeit vom 1. Mai 2007 bis 30. April 2011 durchgeführt werden. Die bisher geschuldete Arbeitszeit soll halbiert und insgesamt in der ersten Hälfte des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses erbracht werden. Daran soll sich die Freistellungsphase 19

anschließen. Die Arbeitsphase soll von Mai 2007 bis April 2009 dauern, die Freistellungsphase von Mai 2009 bis April 2011. Das ergibt sich aus dem Klageantrag. Das Altersteilzeitarbeitsverhältnis soll sich inhaltlich nach den Regelungen des TV ATZ richten.

2. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts, die Klägerin habe ihr Recht, die Abgabe der Annahmeerklärung der Beklagten und damit den Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags gerichtlich durchzusetzen, nicht verwirkt, lassen keinen revisiblen Rechtsfehler erkennen. 20

a) Das Recht, eine Klage zu erheben, kann verwirken mit der Folge, dass eine dennoch erhobene Klage unzulässig ist. Das setzt voraus, dass der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt (*Zeitmoment*). Weiter müssen Umstände vorliegen, aufgrund derer der Anspruchsgegner annehmen durfte, er werde nicht mehr gerichtlich belangt (*Umstandsmoment*). Schließlich muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes das Interesse des Berechtigten an einer sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, dass dem Gegner die Einlassung auf die Klage nicht mehr zuzumuten ist (*Zumutbarkeitsmoment*; vgl. BAG 5. Februar 2009 - 6 AZR 151/08 - Rn. 21, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 69 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 87). 21

b) Das Landesarbeitsgericht hat das Umstands- und das Zumutbarkeitsmoment rechtsfehlerfrei verneint. Die Beklagte hat nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts keine besonderen Umstände vorgebracht, deretwegen es ihr aus Vertrauensschutzgesichtspunkten unzumutbar ist, sich auf die Klage einzulassen und sich gegen sie zu verteidigen. Sie macht insbesondere nicht geltend, sie habe sich darauf eingerichtet, die Klägerin werde ihren Altersteilzeitantrag nicht gerichtlich verfolgen. 22

II. Die Klage ist begründet. Die Klägerin hat Anspruch auf Abschluss des verlangten Altersteilzeitarbeitsvertrags aus § 2 Abs. 2 Satz 1 TV ATZ. 23

1. Der auf Annahme des Vertragsangebots gerichtete Antrag ist nicht schon deshalb unbegründet, weil die Klägerin die rückwirkende Änderung des Arbeitsverhältnisses ab 1. Mai 2007 verlangt. 24
- a) Seit Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB idF des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (*BGBI. I S. 3138*) kommt die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung mit Rückwirkung in Betracht. Ein Vertragsangebot kann auch dann angenommen werden, wenn es auf eine Vertragsänderung zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt gerichtet ist. Eine Rückdatierung des Änderungsvertrags vor Eintritt der Fiktion der Abgabe der Annahmeerklärung mit Rechtskraft des Urteils nach § 894 Satz 1 ZPO ist dagegen ausgeschlossen (*vgl. für die st. Rspr. Senat 4. Mai 2010 - 9 AZR 155/09 - Rn. 35; 15. September 2009 - 9 AZR 608/08 - Rn. 15 f., AP BGB § 311a Nr. 3 = EzA ZPO 2002 § 894 Nr. 1; 15. September 2009 - 9 AZR 643/08 - Rn. 15, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 44 = EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 31*). 25
- b) Hier kommt es nicht darauf an, dass die Leistung der Freistellung seit Mai 2009 nicht mehr in vollem Umfang erbracht werden kann. Die Klägerin hält an ihrem Antrag fest, obwohl die Freistellung von Mai 2009 bis zum Wirksamwerden der Vertragsänderung durch die Fiktion des § 894 Satz 1 ZPO mit Rechtskraft des Senatsurteils nicht durchgeführt werden kann. Die Fiktion des § 894 Satz 1 ZPO bedeutet, dass erst mit der Rechtskraft all diejenigen Rechtsfolgen eintreten, die eine im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft abgegebene Willenserklärung hätte (*vgl. grundlegend Senat 15. September 2009 - 9 AZR 608/08 - Rn. 23, AP BGB § 311a Nr. 3 = EzA ZPO 2002 § 894 Nr. 1*). Im Unterschied zum alten Recht ist in § 311a Abs. 1 BGB klargestellt, dass ein Vertrag selbst dann nicht nichtig ist, wenn er hinsichtlich der Vergangenheit tatsächlich nicht durchgeführt werden kann (*vgl. nur Senat 15. April 2008 - 9 AZR 111/07 - Rn. 26 mwN, BAGE 126, 264*). 26
2. Die Klägerin erfüllt die allgemeinen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 iVm. Abs. 2 TV ATZ. Sie hat das 60. Lebensjahr vollendet. Sie wird von der beklagten Anstalt seit 1992, dh. seit weit über fünf Jahren vor dem gewünsch-

27

ten Beginn der Altersteilzeitarbeit am 1. Mai 2007 beschäftigt. Die Klägerin stand in diesem Fünfjahreszeitraum mindestens 1.080 Kalendertage in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis nach dem SGB III. Sie wahrte die Dreimonatsfrist des § 2 Abs. 2 Satz 2 TV ATZ.

3. Die Klägerin hat nach § 2 Abs. 2 Satz 1 TV ATZ Anspruch auf Vereinbarung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses. Dem steht nicht entgegen, dass sie während der Schließung der Mensa in den Semesterferien teilweise von den Sozialversicherungen und der Arbeitslosenversicherung „abgemeldet“ war. Das ergibt die Auslegung von § 2 Abs. 1 letzter Halbs. TV ATZ. Danach muss das Altersteilzeitarbeitsverhältnis ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Dritten Buchs Sozialgesetzbuch sein. 28

a) Der normative Teil eines Tarifvertrags ist grundsätzlich nach den für 29
Gesetze geltenden Regeln auszulegen. Auszugehen ist zunächst vom Tarifwortlaut. Auf dieser Grundlage ist der wirkliche Wille der Tarifvertragsparteien zu ermitteln, soweit er sich in den tariflichen Regelungen niedergeschlagen hat. Der tarifliche Zusammenhang kann Aufschluss über den von den Tarifvertragsparteien verfolgten Zweck geben. Auch auf die Entstehungsgeschichte und die Tarifpraxis kann zurückgegriffen werden. Praktikabilität und Sinn des Auslegungsergebnisses sind im Auge zu behalten. Im Zweifel ist die Auslegung vorzugswürdig, die zu einer vernünftigen, sachgerechten, zweckorientierten und praktisch brauchbaren Regelung führt (*vgl. für die st. Rspr. Senat 19. Mai 2009 - 9 AZR 135/08 - Rn. 22; 20. Januar 2009 - 9 AZR 677/07 - Rn. 35, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 43 = EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 30*).

b) Nach diesen Grundsätzen ist die Voraussetzung des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses iSd. SGB III in § 2 Abs. 1 letzter Halbs. TV ATZ erfüllt. Der Senat kann zugunsten der Beklagten unterstellen, dass das Altersteilzeitarbeitsverhältnis im Sinne dieser Tarifnorm ein ununterbrochenes versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis iSd. SGB III sein muss, obwohl der Tariftext ein solches Verständnis nicht ausdrücklich vorgibt. Der öffentliche Arbeitgeber ist nach § 2 Abs. 1 letzter Halbs. TV ATZ verpflichtet, dazu beizutragen, dass die Beendigung des versicherungspflichtigen Be- 30

schäftungsverhältnisses vermieden wird. Er muss in der Arbeitsphase der Blockaltersteilzeit so weit wie möglich Urlaub oder Freizeitausgleich gewähren, um eine über einmonatige Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses iSv. § 7 Abs. 3 Satz 1 SGB IV abzuwenden.

aa) Nach § 24 Abs. 1 SGB III stehen Personen, die als Beschäftigte oder aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind, in einem Versicherungspflichtverhältnis. Das Versicherungspflichtverhältnis beginnt für Beschäftigte mit dem Tag des Eintritts in das Beschäftigungsverhältnis oder mit dem Tag nach dem Erlöschen der Versicherungsfreiheit (§ 24 Abs. 2 SGB III). Das Versicherungspflichtverhältnis endet für Beschäftigte mit dem Tag des Ausscheidens aus dem Beschäftigungsverhältnis oder mit dem Tag vor dem Eintritt der Versicherungsfreiheit (§ 24 Abs. 4 SGB III). Versicherungspflichtig sind nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt (*versicherungspflichtige Beschäftigung*) sind. Beschäftigung ist nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Innerhalb des in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnisses bleibt (*gegen Arbeitsentgelt*) beschäftigt iSv. § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV, wer - etwa nach §§ 1 ff. BUrlG - von der Verpflichtung zur Arbeit frei wird (*vgl. BSG 24. September 2008 - B 12 KR 27/07 R - Rn. 18 mwN, BSGE 101, 273*). Eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt gilt als fortbestehend, solange das Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert, jedoch nicht länger als einen Monat (§ 7 Abs. 3 Satz 1 SGB IV).

bb) Die Beklagte war nach diesen von § 2 Abs. 1 letzter Halbs. TV ATZ in Bezug genommenen sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben verpflichtet, der Klägerin in der Arbeitsphase des erstrebten Altersteilzeitarbeitsverhältnisses so weit wie möglich Urlaub oder Über- und Mehrarbeitsausgleich in den Semesterferien zu gewähren. Auf diese Weise konnte eine über einmonatige Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses iSv. § 7 Abs. 3 Satz 1 SGB IV vermieden werden. Das hat das Landesarbeitsgericht zu Recht erkannt. Ein solches Vorgehen entsprach § 3 Abs. 1 des Arbeitsvertrags und - wegen des

Altersteilzeitantrags der Klägerin - auch ihren Urlaubswünschen iSv. § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG. Nr. 6 SR 2k zum MTArb, auf die § 3 Abs. 2 des Arbeitsvertrags verweist, regelt lediglich die Höhe des Urlaubsanspruchs.

(1) Für eine Verpflichtung der Beklagten, dazu beizutragen, das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis aufrechtzuerhalten, spricht im Ansatz schon der Wortlaut von § 2 Abs. 1 letzter Halbs. TV ATZ. Die Tarifbestimmung verbindet den Begriff des Altersteilzeitarbeitsverhältnisses mit dem des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses. Sie bringt nicht zum Ausdruck, dass sich Arbeitsverhältnis, Beschäftigungsverhältnis und Versicherungspflichtverhältnis in ihrer Dauer unterscheiden können. Daran zeigt sich, dass die Tarifnorm vorrangig an den einheitlichen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses anknüpft. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Zeiten der Versicherungspflichtverhältnisse die Zeiten der Versicherungsfreiheit eindeutig überwiegen, wie das hier der Fall ist. Das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin ist bis auf die saisonalen „Unterbrechungen“ unzweifelhaft sozialversicherungspflichtig iSv. § 24 SGB III. Das Arbeitsverhältnis bleibt dasselbe. Es wird durch eine mögliche Versicherungsfreiheit nicht beendet. 33

(2) Eine Pflicht der Beklagten, der Klägerin so weit wie möglich Urlaub oder Freizeitausgleich in den Semesterferien zu gewähren, ergibt sich ferner aus Zusammenhang und Zweck der tariflichen Regelung. 34

(a) Anders als für die Wartezeit von 1.080 Kalendertagen der versicherungspflichtigen Beschäftigung in den fünf Jahren vor Beginn der Altersteilzeitarbeit in § 2 Abs. 1 Buchst. c TV ATZ fehlt für die Einordnung des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses eine solche Bezugsgröße. 35

(b) Die Versicherungspflichtigkeit des Beschäftigungsverhältnisses soll nach dem tariflichen Zweck ebenso wie die Wartezeit von 1.080 Kalendertagen sicherstellen, dass die öffentlich-rechtlichen Fördervoraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 3 AltTZG erfüllt sind. 36

- (aa) § 2 Abs. 1 TV ATZ sieht die vereinbarte Änderung des Arbeitsverhältnisses in ein Altersteilzeitarbeitsverhältnis nur „auf der Grundlage des Altersteilzeitgesetzes“ vor. An dieser Voraussetzung zeigt sich, dass die Tarifvertragsparteien des TV ATZ lediglich Altersteilzeitansprüche begründen wollten, die der öffentliche Arbeitgeber mithilfe von Leistungen der Bundesagentur für Arbeit teilweise refinanzieren kann. Der privatrechtliche Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags wird durch Tarifvertrag begründet. Die tarifliche Anspruchsgrundlage bezieht das öffentlich-rechtliche System der an bestimmte Erfordernisse gebundenen Refinanzierung durch Erstattungsleistungen der öffentlichen Hand nach §§ 3 und 4 AltTZG in die privatrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen mit ein (*Senat 15. April 2008 - 9 AZR 111/07 - Rn. 35, BAGE 126, 264*). 37
- (bb) Das Erfordernis der Versicherungspflichtigkeit sowohl im Tarifsinn als auch iSd. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AltTZG ist jedoch gewahrt, wenn die Zeiten der Versicherungspflichtverhältnisse die Zeiten der Versicherungsfreiheit ganz erheblich überwiegen und es dem Arbeitgeber möglich ist, in Zeiten unterbleibender Beschäftigung Urlaub oder Freizeitausgleich festzulegen. Das trifft hier zu, zumal die Klägerin 2006 und 2007 ununterbrochen beschäftigt wurde. Auf die Rüge der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe nach § 139 ZPO aufklären müssen, ob die Klägerin in der vorlesungsfreien Zeit zum Teil in der Cafeteria der Mensa gearbeitet habe, kommt es damit nicht an. 38
4. Der Vortrag der Beklagten, sie habe die Überlastquote im Zeitpunkt des Altersteilzeitantrags überschritten gehabt, ist in der Revisionsinstanz neu. Dieses Vorbringen kann nach § 559 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden. 39
- a) Der Senat braucht nicht darüber zu entscheiden, ob die tatsächliche Überschreitung der in § 3 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 iVm. § 7 Abs. 2 und 3 AltTZG bestimmten Überforderungsgrenze selbst als dringender betrieblicher Grund iSv. § 2 Abs. 3 TV ATZ zu verstehen ist, der den Arbeitgeber berechtigt, den Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrags abzulehnen (*offengelassen von Senat 15. April 2008 - 9 AZR 111/07 - Rn. 42, BAGE 126, 264; 23. Januar 2007*) 40

- 9 AZR 393/06 - Rn. 31 ff., BAGE 121, 55; 30. September 2003 - 9 AZR 590/02 - zu B I 2 b dd der Gründe, BAGE 108, 36).

- b) Die Tarifvertragsparteien haben in § 2 Abs. 1 TV ATZ für Altersteilzeitansprüche das Erfordernis „auf der Grundlage des Altersteilzeitgesetzes“ begründet. Das hindert bereits die Entstehung eines Anspruchs, wenn die Überlastquote überschritten ist. Es kommt nicht darauf an, ob gegenüber dem Anspruch im zweiten Prüfungsschritt ein entgegenstehender dringender betrieblicher Grund iSv. § 2 Abs. 3 TV ATZ geltend gemacht wird (vgl. zum Begriff Senat 23. Januar 2007 - 9 AZR 393/06 - Rn. 25, BAGE 121, 55; 18. März 2003 - 9 AZR 126/02 - zu B I 2 a der Gründe, BAGE 105, 248). 41
- c) Die Normierung eines Anspruchshindernisses ändert nichts daran, dass der Arbeitgeber regelmäßig die Tatsachen, die dem Hinderungsgrund zugrunde liegen sollen, darlegen muss, dh. hier die Tatsachen für die Überschreitung der Überlastquote. Der Arbeitnehmer braucht nicht ausdrücklich zu behaupten, die Überforderungsgrenze sei nicht überschritten. Aus der gerichtlichen Geltendmachung des Altersteilzeitanspruchs und dem Vortrag der positiven Anspruchsvoraussetzungen ist mittelbar zu entnehmen, dass kein Anspruchshindernis in Form einer Überschreitung der Überlastgrenze besteht. Anderes gilt nur, wenn der Arbeitnehmer selbst Ausführungen zum Hinderungsgrund macht. 42
- d) Aus dem Vorbringen der Klägerin gehen keine Anhaltspunkte dafür hervor, dass die Überforderungsgrenze überschritten ist. Die Beklagte war deshalb nach § 138 Abs. 2 ZPO sekundär behauptungsbelastet, wenn sie darlegen wollte, die Überlastquote sei überschritten. Entsprechenden Sachvortrag hat die Beklagte erst in der Revisionsinstanz gehalten. Die von ihr erhobene Aufklärungsrüge greift nicht durch. Ohne das nötige Vorbringen der Beklagten war das Landesarbeitsgericht nicht verpflichtet, der Frage der Überlastquote nachzugehen. 43
5. Die Beklagte hat sich in den Tatsacheninstanzen nicht auf entgegenstehende dringende betriebliche Gründe iSv. § 2 Abs. 3 TV ATZ berufen. Sie stützt sich in der Revisionsinstanz hilfswiese darauf, dass das Altersteilzeit- 44

arbeitsverhältnis wegen der teilweisen Versicherungsfreiheit die Fördervoraussetzungen des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AltTZG nicht erfülle.

a) Bei den entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründen iSv. § 2 Abs. 3 TV ATZ handelt es sich um eine negative Anspruchsvoraussetzung. Der Arbeitgeber hat die ihr zugrunde liegenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen. Der Arbeitnehmer genügt seiner Darlegungslast schon dann, wenn er behauptet, solche Gründe bestünden nicht (*vgl. zum Begriff der entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründe iSv. § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4 BEEG Senat 15. Dezember 2009 - 9 AZR 72/09 - Rn. 46, EzA BErzGG § 15 Nr. 18; zu den entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründen iSv. § 9 TzBfG Senat 16. September 2008 - 9 AZR 781/07 - Rn. 37, BAGE 127, 353*). 45

b) Die Beklagte macht in der Revisionsinstanz geltend, der Begründung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses stünden dringende betriebliche Gründe entgegen, weil die öffentlich-rechtlichen Fördererfordernisse wegen der „Unterbrechungen“ des Beschäftigungsverhältnisses in den Semesterferien nicht gewahrt seien. Sie geht also davon aus, die negative Anspruchsvoraussetzung der fehlenden dringenden betrieblichen Gegengründe sei nicht erfüllt. Dem widerspricht die Verpflichtung der Beklagten, Urlaub oder Freizeitausgleich in der Arbeitsphase so weit wie möglich in den Semesterferien zu gewähren und damit die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zu vermeiden. Es kann daher auf sich beruhen, ob es sich bei dem neuen Begründungsansatz der Beklagten um eine bloße rechtliche Würdigung oder um neues Tatsachenvorbringen handelt, das in der Revisionsinstanz grundsätzlich unzulässig ist. 46

B. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 47

Düwell

Krasshöfer

Gallner

Ropertz

D. Wege