

6 Sa 1138/11
19 Ca 3630/11
(ArbG München)

Verkündet am: 31.07.2012

Kreßler
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

B.
B-Straße, B-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte C.
C-Straße, A-Stadt

gegen

B.,
A-Straße, A-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte D.
D-Straße, A-Stadt

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 31. Juli 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Künzl und die ehrenamtlichen Richter Gottsmann und Ernle

für Recht erkannt:

- I. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 28.09.2011 – 19 Ca 3630/11 – unter Abweisung der Berufung im Übrigen – abgeändert.**
- II. Die Beklagte wird verurteilt, das Angebot des Klägers, seine bis 31.12.2009 erworbenen Versorgungsansprüche gemäß Dienstvereinbarung vom 19.11.2011 in die Versorgungsordnung 2010 zu überführen und ihn ab 01.01.2010 nach der Versorgungsordnung 2010 zu versichern, anzunehmen.**
- III. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 1/10, die Beklagte 9/10.**
- IV. Die Revision wird zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Berechtigung des Klägers, in ein anderes Versorgungssystem der Beklagten zu wechseln.

Der Kläger war bei der Beklagten, einer Bank, vom 1. Juli 1999 bis 31. Dez. 2010 bei einem Bruttomonatsgehalt von zuletzt € ... beschäftigt. Er hatte Versorgungsanswartschaften nach den damals geltenden Richtlinien Versorgungskasse I ... GmbH erworben. Im Oktober 2009 schloss der Kläger mit der Beklagten einen Aufhebungsvertrag, demzufolge sein Arbeitsverhältnis „auf Veranlassung der Bank aus betriebsbedingten Gründen zum 31. Dez. 2010“ endete.

Am 19. Nov. 2009 schloss die Beklagte mit dem bei ihr bestehenden Gesamtpersonalrat eine „Dienstvereinbarung zur Umstellung der betrieblichen Altersversorgung“, deren Ziff.

II. zufolge ab 1. Jan. 2010 eine neue Altersversorgungsregelung in Kraft treten soll (Anlage K 1, Bl. 6 ff. d. A.; nachfolgend: Dienstvereinbarung). Deren Ziff. III. lautet auszugsweise:

„Anwartschaften gegenüber der Versorgungskasse

Vor dem 01.01.2002 eingetretene Beschäftigte können ihre Anwartschaft gegenüber der Versorgungskasse nach Maßgabe der folgenden Regelungen in die VO2010 überführen. Ausgenommen hiervon sind Beschäftigte, die nach der Vereinbarung „Strategie der ... – Personelle Veränderungsprozesse – vom 01.02.2008“ – (Instrumentarium zum Personalabbau) eine Beendigungsvereinbarung abgeschlossen haben oder auf dieser Grundlage abschließen werden.

...“

Mit Schreiben vom 5. Jan. 2011 bestätigte die Beklagte dem Kläger eine unverfallbare jährliche Anwartschaft von € ..., woraus sich ein monatlicher Betrag von € 638,34 ergibt (Anlage K 2, Bl. 10 ff. d. A.). Mit einer E-Mail des Klägers vom 29. Okt. 2009 an Herrn M. von der Beklagten (Anlage K 3, Bl. 15 d. A.) fragte er wegen des Wechsels in eine andere Versorgungsordnung nach. Er empfand es als „große Benachteiligung“, dass er von einem Wechsel ausgeschlossen sein sollte. Die Beklagte lehnte die Erteilung eines Wechselangebots an den Kläger ab (Anlage K 4, Bl. 16 d. A.).

Mit seiner am 30. März 2011 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 5. Apr. 2011 zugestellten Klage vom 28. März 2011 verfolgt der Kläger den angestrebten Wechsel in eine andere Versorgungsordnung (VO2010) weiter.

Er hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, trotz des unterzeichneten Aufhebungsvertrages in die andere Versorgungsordnung wechseln zu können. Der Ausschluss des Wechsels bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages stelle eine ungerechtfertigte Benachteiligung dar.

Er hat **b e a n t r a g t**:

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger anzubieten, seine Versorgungsanwartschaften – rückwirkend zum 01.10.2010 in die „Versorgungsordnung 2010“ gemäß Dienstvereinbarung vom 10.11.2009 – zu überführen.

Hilfsweise

- 4 -

- I. Die Beklagte wird verurteilt, die bis 31.12.2009 erdienten Anwartschaften des Klägers in der betrieblichen Altersversorgung ab dem 01.01.2010 nach den Regelungen der „Versorgungsordnung 2010“ gemäß Dienstvereinbarung vom 19.11.2009 zu behandeln.
- II. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger so zu stellen, als ob er seinem Angebot zum Wechsel des Versorgungssystems gemäß Ziff. III. 2. fristgemäß zugestimmt hätte.

Die Beklagte hat **b e a n t r a g t**,

die Klage abzuweisen.

Sie verweist auf den Ausschluss des Wechsels gemäß Ziff. III. der Dienstvereinbarung. Sie habe sich auf Grund einer wirtschaftlichen Notlage entschlossen, ihr Versorgungssystem umzustellen. Wegen der in der Gesamtschau erfolgenden Schlechterstellung bei einem Wechsel des Versorgungssystems zahle sie eine Wechselprämie als Ausgleich. Die Schmälerung von Rechten sei naturgemäß nicht bei Arbeitnehmern vorgesehen, bei denen bei Abschluss der Dienstvereinbarung die Beendigung des Dienstverhältnisses festgestanden habe.

Das Arbeitsgericht München hat die Klage mit Endurteil vom 28. Sept. 2011 (Bl. 40 ff. d. A.) vollumfänglich abgewiesen. Wegen des unstreitigen, wie des streitigen Sachvortrags der Parteien im Übrigen und der rechtlichen Erwägungen des Arbeitsgerichts im Einzelnen wird auf diese Entscheidung Bezug genommen.

Im Wesentlichen begründet das Arbeitsgericht die Entscheidung mit dem Ausschluss des Wechsels der Versorgungsordnung von Arbeitnehmern, die – wie der Kläger – auf Grund der Vereinbarung „Strategie der ... – Personelle Veränderungsprozesse – vom 01.02.2008“ (vgl. Anlage B 1, Bl. 133 ff. d. A. [Auszug]). ausgeschieden seien oder ausgeschieden. Darin liege keine unangemessene Benachteiligung, da nicht in die erdienten Rechte des Klägers eingegriffen werde. Derartigen Arbeitnehmern gegenüber bestehe kein sachlicher Grund, einen Wechsel in ein verschlechterndes Versorgungssystem zu gewähren.

Gegen diese ihm am 24. Nov. 2011 zugestellte Entscheidung hat der Kläger mit Schriftsatz vom 22. Dez. 2011, der am selben Tag per Telefax beim Landesarbeitsgericht ein-

gegangen war, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 22. Jan. 2012 begründet.

Er rügt die arbeitsgerichtliche Entscheidung, weil diese ohne Tatsachenfeststellung unterstellt habe, er sei nach der Vereinbarung „Strategie der ... – Personelle Veränderungsprozesse – vom 01.02.2008“ ausgeschieden. Solches sei weder dem Anschreiben der Beklagten vom 23. Sept. 2009 noch dem abgeschlossenen Aufhebungsvertrag zu entnehmen. Dieses Dokument sei im Übrigen nie veröffentlicht oder den Mitarbeitern zugänglich gemacht worden. Man habe absichtlich ein „Geheimdokument“ geschaffen.

Die Ausnahme der betriebsbedingt ausscheidenden Mitarbeiter von der Wechselmöglichkeit stelle diese bereits für den Zeitraum der unbestrittenen Unternehmenszugehörigkeit schlechter, als Arbeitnehmer, die etwa verhaltensbedingt oder kraft Eigenkündigung ausscheiden. Damit verletze die Dienstvereinbarung den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 68 BayPersVG.

Der Beklagten sei zwar zuzugeben, dass die neue Versorgungsordnung in vielen Fällen ungünstiger sei, nicht aber in allen Fällen.

Er b e a n t r a g t:

- I. **Auf die Berufung vom 22. 12. 2011 wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 28.09.2011, Az. 19 Ca 3630/11 aufgehoben und entschieden wie folgt:**
- II. **1. Die Beklagte wird verurteilt, die bis zum 31. 12. 2010 erdienten Anwartschaften des Klägers in der betrieblichen Altersversorgung ab dem 01. 01. 2010 nach den Regelungen der „Versorgungsordnung 2010“ gemäß Dienstvereinbarung vom 19.11.2009 zu behandeln.**
2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger so zu stellen, als ob er einem Angebot zum Wechsel des Versorgungssystems gemäß Ziff. III. 2. fristgemäß zugestimmt hätte.

hilfsweise:

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger anzubieten, seine Versorgungsanwartschaften – rückwirkend zum 01. 01. 2010 in die „Versorgungsordnung 2010“ gemäß Dienstvereinbarung vom 19. 11. 2009 – zu überführen.

Die Beklagte **b e a n t r a g t**,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, ein Wechsel des Klägers in die Versorgungsordnung 2010 sei durch Ziff. III Satz 2 der Dienstvereinbarung wirksam ausgeschlossen. Wenn der Kläger vortrage, sein Aufhebungsvertrag sei nicht auf der Grundlage der „Strategie der ... – Personelle Veränderungsprozesse – vom 01.02.2008“ abgeschlossen worden, so erfolge diese Äußerung wider besseres Wissen. Ihm sei es bei Abschluss der Beendigungsvereinbarung wichtig gewesen, in den Genuss der großzügigen Konditionen dieser Vereinbarung zu gelangen.

Der Verbleib des Klägers im bisherigen betrieblichen Versorgungssystem sei auch nicht unbillig. Das Kalenderjahr 2010 sei auch bei ihm rentensteigernd berücksichtigt worden. Zwar sei das bisherige Versorgungssystem zum 31. Dez. 2009 „eingefroren“ worden, doch nicht für solche Mitarbeiter, die zu diesem Zeitpunkt bereits einen Aufhebungsvertrag abgeschlossen hätten. Die vom Kläger angeprangerte Ungleichbehandlung führte, selbst wenn sie vorläge, nicht zu einer Unwirksamkeit der Ziff. III. Satz 2 der Dienstvereinbarung.

Das Papier „Strategie der ... – Personelle Veränderungsprozesse – vom 01.02.2008“, auf welches Ziff. III. Satz 2 der Dienstvereinbarung Bezug nehme, stelle selbst keine Dienstvereinbarung dar. Bei diesem handle es sich um ein formloses Abstimmungspapier zwischen dem Unternehmen und dem Gesamtpersonalrat, welches im Unternehmen nicht veröffentlicht worden sei. Zwar sei man sich über die Art und Weise des erforderlichen Personalabbaus einig gewesen, doch habe man im Einzelfall flexibel bleiben und deshalb eine Drittwirkung vermeiden wollen. Dessen Inhalte hätten sich im Betrieb auf Grund vieler Einzelgespräche als „Herkules-Konditionen“ herumgesprochen. Diese Konditionen habe der Kläger bei seinem Ausscheiden unbedingt durchsetzen wollen, was ihm letztlich auch zugebilligt worden sei.

Im Termin vom 12. Juni 2012 hat der Kläger zugestanden, das Personalabbauprojekt „H.“ sei ihm bekannt gewesen.

Die Beklagte hat die Ordnungsgemäßheit der Klageanträge bestritten; diese seien keiner Vollstreckung zugänglich. Der Klägervertreter hat erwidert. Er halte die Anträge für nachvollziehbar und verständlich. Er wolle sich aber einer Auslegung, die jedenfalls möglich sei, nicht verschließen.

Das Gericht hat der Beklagten auf ihren Antrag in diesem Termin nachgelassen, bis 15. Juli 2012 in rechtlicher Hinsicht nochmals Stellung zu nehmen.

Wegen des Sachvortrages der Parteien im Einzelnen wird auf die Schriftsätze des Klägers vom 28. März 2011 (Bl. 1 ff. d. A.), vom 4. Juli 2011 (Bl. 33 f. d. A.), vom 22. Jan. 2012 (Bl. 82 ff. d. A.), vom 6. März 2012 (Bl. 110 ff. d. A.), vom 8. Mai 2012 (Bl. 141 ff. d. A.) und vom 30. Juli 2012 (Bl. 185 f. d. A.), der Beklagten vom 23. Mai 2011 (Bl. 21 ff. d. A.), vom 27. Feb. 2012 (Bl. 104 ff. d. A.), vom 5. Apr. 2012 (Bl. 130 ff. d. A.), vom 25. Mai 2012 (Bl. 146 d. A.) und vom 13. Juli 2012 (Bl. 153 ff. d. A.) sowie auf die Sitzungsprotokolle vom 28. Sept. 2011 (Bl. 36 f. d. A.), vom 13. März 2012 (Bl. 113 ff. d. A.) und vom 12. Juni 2012 (Bl. 148 ff. d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte Berufung hat in der Sache Erfolg.

I. Die Berufung ist zulässig.

1. Sie ist nach § 64 Abs. 1, 2b ArbGG statthaft sowie in rechter Form und Frist eingelegt worden (§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, § 519 Abs. 2, § 520 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 66 Abs. 1 Sätze 1, 2, 5 ArbGG, § 222 ZPO).

2. Die Anträge waren allerdings auszulegen, was jedenfalls nach der Erklärung des Klägervertreters im Termin vom 12. Juni 2012 möglich war.

a. Der Beklagten ist zuzugeben, dass die Antragsformulierung des Klägers, ihn „nach den Regelungen der Versorgungsordnung 2010 ... zu behandeln“ ebenso wenig einer Vollstreckung zugänglich ist, wie die Formulierung, ihn „so zu stellen, als ob er einem Angebot ... zugestimmt hätte.“ Damit ist nicht klar, was die Beklagte konkret zu machen hat. Um einen – unterstellt gleichlautenden – Urteilsausspruch zu erfüllen. Zudem: Es könnte

nie konkret überprüft werden, ob vorgenommene Handlungen der Beklagten den Urteilsausspruch erfüllt hätten oder weitere Vollstreckungsmaßnahmen eingeleitet werden könnten.

b. Allerdings sind die vom Kläger in der Berufungsinstanz gestellten Anträge der Auslegung zugänglich.

aa. Der Kläger begehrt mit seinen Anträgen den Wechsel der Versorgungsordnung. Er möchte seine erdienten Versorgungsanwartschaften mit Wirkung ab 1. Jan. 2010 in die Versorgungsordnung 2010 überführt und die Versorgung bis zu seinem Ausscheiden nach dieser Versorgungsordnung weitergeführt haben.

Die Überführung der erdienten Versorgungsanwartschaften erfolgt nach Ziff. III. 2. der Dienstvereinbarung dadurch, dass die Beklagte dem einzelnen Mitarbeiter ein Angebot unterbreitet, dem dieser innerhalb der gesetzten Frist, welche mindestens 4 Wochen zu betragen hat, zustimmt.

bb. Vorliegend hat der Kläger allerdings bereits seinerseits – antezipiert – seine Zustimmung zu einem Wechselangebot erklärt bzw. ein Wechselangebot abgegeben. Es erscheint daher als bloßer und überflüssiger Formalismus, gäbe man der Beklagten erneut die Abgabe eines Wechselangebotes auf, das der Kläger fristgemäß annehmen müsste. Es erscheint daher – wie ausgesprochen – zweckgerecht, der Beklagten aufzugeben, das Wechselangebot des Klägers anzunehmen.

II. In der Sache hat die Berufung überwiegend Erfolg.

Der Kläger kann von der Beklagten gemäß Ziff. III. der Dienstvereinbarung die Annahme seines bereits abgegebenen Angebots zum Wechsel seiner Versorgung in die Versorgungsordnung 2010 verlangen. Der Ausschlussstatbestand der Ziff. III. Satz 2 der Dienstvereinbarung, sollte der Beendigungsvertrag des Klägers auf Basis des Strategiepapiers der ... abgeschlossen worden sein, hindert dies nicht, denn diese Inbezugnahme verstößt gegen das Schriftformgebot des Art. 73 BayPersVG und ist deswegen unwirksam. Die Unwirksamkeit erfasst allerdings – entgegen § 139 BGB – nur diese Ausschlussklausel, nicht die Betriebsvereinbarung insgesamt, wie sich aus der salvatorischen Klausel (Ziff. VI. 2. Abs. der Dienstvereinbarung) ergibt. Die Lücke war weder durch einen Beschluss

der Beklagten mit dem Gesamtpersonalrat (Ziff. VI. 2. Abs. Satz 2 der Dienstvereinbarung) geschlossen worden, noch kann der Ausschlussstatbestand der Ziff. III. Satz 2 der Dienstvereinbarung im Wege des so genannten „blue-pencil-Tests“ aufrecht erhalten bleiben. Der weitergehende Antrag 2 ist nach dem Vorstehenden nicht begründet und daher abzuweisen.

1. Der Kläger erfüllt an sich die Voraussetzungen für einen Wechsel der Versorgung in die Versorgungsanwartschaft 2010 nach Ziff. III. Satz 1 der Dienstvereinbarung. Dies ist unter den Parteien auch nicht streitig.

2. Der Wechsel des Klägers wird auch nicht durch Ziff. III. Satz 2 der Dienstvereinbarung ausgeschlossen. Denn diese Ausnahmeregelung für Arbeitnehmer, die auf der Grundlage des Papiers „Strategie der ... – Personelle Veränderungsprozesse – vom 01.02.2008“ eine Beendigungsvereinbarung geschlossen haben, ist wegen Verstoßes gegen das Schriftformgebot des Art. 73 Abs. 2 BayPersVG unwirksam.

a. Nach Art. 73 Abs. 2 BayPersVG werden Dienstvereinbarungen von der Dienststelle und dem Personalrat gemeinsam beschlossen. Sie sind nach Satz 2 dieser Norm von beiden Seiten zu unterzeichnen. Insbesondere letzteres impliziert, wie in § 73 Abs. 1 BPersVG ausdrücklich angeführt, aber im BayPersVG seit der Gesetzesnovelle im Jahre 1986 nicht mehr enthalten ist, eine ausdrückliche schriftlich Formulierung der Dienstvereinbarung (*Faber* in: *Ballerstadt/Schleicher/Faber*, BayPersVG, Stand Mai 2012, Art. 73 Rz. 57); Verstöße gegen das Schriftformgebot bedingen grundsätzlich die Nichtigkeit der Dienstvereinbarung (§ 125 BGB; vgl. *Faber*, a.a.O.; *Schelter/Seiler*, BayPersVG, 3. Aufl., Art. 73 Rz. 5; *Aufhauser/Warga/Schmitt-Moritz*, BayPersVG, 6. Aufl., Art. 73 Rz. 11). Angesichts dieser „selbstverständlichen“ Voraussetzung (*Faber*, a.a.O.) kann zu deren Verständnis auch auf die Rechtslage nach dem BPersVG zurückgegriffen werden.

Die Schriftform einer Dienstvereinbarung ist dann eingehalten, wenn deren sämtliche (beabsichtigten) Inhalte schriftlich niedergelegt sind. Dabei müssen nicht alle Regelungen unmittelbar in der Dienstvereinbarung selbst angeführt sein. Vielmehr genügt es, wenn diese auf andere Regelungen, wie etwa Rechtsnormen (BAG v. 27. 3. 1963 – 4 AZR 72/62, AP BetrVG § 59 Nr. 9; zum BPersVG: *Altvater* in: *Altvater/Baden/Kröll/Lemcke/Peiseler*, BPersVG, 7. Aufl., § 73 Rz. 6a; *Weber* in: *Richardi/Dörner/Weber*, 3. Aufl., § 73 Rz. 13), Tarifverträge oder andere Regelungen des Arbeit-

gebers, die nicht zwingend Rechtsnormqualität besitzen müssen (v. 3. 6. 1997 – 3 AZR 25/96, NZA 1998, 382), Bezug nimmt (*Faber*, a.a.O., Rz. 59). Die in Bezug genommenen Regelungen müssen auch nicht als Anhang der Dienstvereinbarung beigegeben sein (BAG v. 3. 6. 1997, a.a.O.; ausreichend ist vielmehr, dass sie selbst schriftlich niedergelegt und so genau bezeichnet sind, dass ein „Irrtum über Art und Ausmaß der in Bezug genommenen Regelung“ ausgeschlossen ist (BAG v. 22. 8. 2006 – 3 AZR 319/05, NZA 2007, 1187, unter Rz. 26 [juris]; *Altwater*, a.a.O.; *Löwisch* in: Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. Aufl., § 77 Rz. 11; vgl. auch BAG v. 6. 10. 2010 – 7 ABR 80/09, NZA 2012, 55, unter Rz. 55 [juris]).

b. Diese Voraussetzungen sind hinsichtlich der in Ziff. III. Satz 2 der Dienstvereinbarung in Bezug genommenen „Strategie der ... – Personelle Veränderungsprozesse – vom 01.02.2008“ nicht eingehalten. Diese Vereinbarung zwischen der Beklagten und ihrem Gesamtpersonalrat ist zwar schriftlich niedergelegt, allerdings aber nirgends im Betrieb bzw. der Dienststelle für die dort beschäftigten Mitarbeiter einsehbar.

aa. Der Beklagten ist zuzugeben, dass der Zweck des Formzwanges des Art. 73 Abs. 2 BayPersVG aus dem Zweck der Norm zu ermitteln ist. Die Regelungen eines formbedürftigen Rechtsgeschäftes können nicht ohne Weiteres auf die Dienstvereinbarung übertragen werden. Insbesondere dient die – von der Beklagten im Schriftsatz v. 13. Juli 2012 beispielhaft angeführte, hier allerdings nicht in Frage stehende – Unterschriftsleistung nicht dem Übereilungsschutz, sondern dem Ausschluss von Zweifeln hinsichtlich der Geltung der einzelnen Regelung (BAG v. 3. 6. 1997, a.a.O.). Das Schriftformgebot dient danach – zumindest auch – der zuverlässigen und eindeutigen Information (vgl. LAG Brandenburg v. 16. 7. 1992 – 4 Sa 968/92, PersR 1994, 235; *Faber* in: Ballerstadt/Schleicher/Faber, a.a.O., Art. 73 Rz. 57) der vom Geltungsbereich der Dienstvereinbarung erfassten Arbeitnehmer über ihre daraus resultierenden Rechte und Pflichten dazu nachfolgend bb.).

bb. Ziel dieses Schriftformgebotes in Art. 73 Abs. 2 BayPersVG ist nicht allein die Sicherung der Rechtssetzungsbefugnis der Betriebspartner (dazu nur *Faber*, a.a.O. Rz. 59; *Löwisch*, a.a.O.), die bei dynamischer Inbezugnahme etwa von Tarifverträgen sich dieser begeben könnten, da sie die bereits in Bezug genommenen künftigen Tarifregelungen im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung noch nicht kennen (können). Diese Proble-

matik tritt bei statischer Inbezugnahme insbesondere sonstiger innerbetrieblicher Regelungen, an deren Abschluss der jeweilige Betriebspartner sogar mitgewirkt haben mag, nicht auf. Die erforderliche klare Verweisung auf andere Regelungen dient hier dazu, die von der Dienstvereinbarung begünstigten oder betroffenen Arbeitnehmer klar und unmissverständlich über ihre Rechte und deren Umfang zu unterrichten. Dies ist allein dann sichergestellt, wenn eine in Bezug genommene Regelung für die Leser (Arbeitnehmer) derart eindeutig bezeichnet wird, dass sie diese auch auffinden und zur Kenntnis nehmen können: Dies wiederum erfordert, dass eine in Bezug genommene Regelung von den Arbeitnehmern auch zur Kenntnis genommen werden kann, was voraussetzt, dass eine Veröffentlichung der betreffenden Regelung im Betrieb oder der Dienststelle gegeben ist. Daran fehlt es vorliegend.

cc. Der Ausschluss derjenigen Arbeitnehmer, die auf der Grundlage des Papiers „Strategie der ... – Personelle Veränderungsprozesse – vom 01.02.2008“ einen Aufhebungsvertrag abgeschlossen haben oder abschließen werden, von einer Möglichkeit, ihre Versorgung in die Versorgungsordnung 2010 zu überführen, ist für sich genommen durchaus bestimmt und transparent. Dies ist aber keine Frage des Schriftformgebotes des Art. 73 Abs. 2 BayPersVG; die normunterworfenen Beschäftigten sind dadurch nicht in die Lage versetzt, sich über ihre Rechte und Pflichten aus der Dienstvereinbarung zu unterrichten. Denn bei dem angeführten Strategiepapier handelt es sich um keine im Betrieb/der Dienststelle veröffentlichte und von den vom Geltungsbereich der Dienstvereinbarung erfassten Arbeitnehmern der Beklagten einsehbare Quelle; diesen ist es nicht möglich, sich über den Inhalt dieses Strategiepapiers über dessen Inhalt bzw. die Möglichkeit des Wechsels in die neue Versorgungsordnung zu unterrichten. Das Strategiepapier ist nicht, auch nicht im Intranet der Beklagten, veröffentlicht. Ohne die Gründe der Beklagten für die unterbliebene Bekanntmachung bewerten zu wollen bzw. zu können, war und ist damit eine objektive Information über das Bestehen einer Wechselmöglichkeit weder aus der Dienstvereinbarung noch aus dem Strategiepapier möglich.

aaa. In diesem Zusammenhang ist es nach Ansicht der Kammer unerheblich, ob in der Bezugnahme auf das Strategiepapier eine inhaltliche Verweisung oder eine bloße Definition des von der Wechselmöglichkeit ausgeschlossenen Personenkreises zu sehen ist. Insbesondere spricht auch einiges für eine Verweisung, dass der ausgeschlossene Personenkreis sich erst aus dem im Bezug genommenen Strategiepapier ergibt. Dessen un-

geachtet, selbst wenn man eine bloße Definition eines (vom Wechsel ausgeschlossenen) Personenkreises sehen wollte, so ist dieser nicht ohne Heranziehung des Inhalts der in Bezug genommenen Vereinbarung möglich. Die beschäftigten Arbeitnehmer konnten daher allein durch Lektüre der Dienstvereinbarung nicht erkennen, ob und inwieweit ihnen die aufgezeigte Wechselmöglichkeit offen stand.

bbb. Bloße objektive Bestimmbarkeit des vom Wechsel ausgeschlossenen Personenkreises durch einen Dritten ist vorliegend nach Ansicht der Kammer nicht ausreichend. Insbesondere sind die Grundsätze der von der Beklagten angeführten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 26. 5. 2009 (– 1 ABR 12/08, NZA-RR 2009, 588) nicht übertragbar. Die hier zugrundeliegende Situation ist nicht damit vergleichbar, dass die Betriebspartner etwa einen Topf zur Verfügung gestellt hätten und der individuelle Anteil des Einzelnen am Topfinhalt nur mehr nach ebenso festgelegten Kriterien berechnet werden müsste, noch dass auch der Topfinhalt seinerseits erst noch bestimmt werden müsste und nach welchem Verfahren dies zu erfolgen hat (BAG v. 26. 5. 2009, a.a.O.). Vorliegend geht es vielmehr um die inhaltliche Information der Arbeitnehmer, ob und inwieweit sie durch eine abgeschlossenen oder noch abzuschließende Beendigungsvereinbarung von einer Wechselmöglichkeit in der Altersversorgung ausgeschlossen sind. Im Gegensatz zur angeführten bundesarbeitsgerichtlichen Rechtsprechung bedurften die Arbeitnehmer hier weiterer Information, um ggf. ihr (weiteres) Verhalten danach einzurichten, während sie in den vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Sozialplanfällen lediglich abwarten mussten, welches Ergebnis für sie individuell herauskommen werde.

ccc. Ferner kann die Beklagte nicht entgegenhalten, dem Kläger sei die Vereinbarung „Strategie der ... – Personelle Veränderungsprozesse – vom 01.02.2008“ inhaltlich bei Abschluss seines Aufhebungsvertrages bekannt gewesen. Dies mag zwar zutreffen, wenngleich die Kenntnis der Vereinbarung lediglich unter einem anderen Namen („H.-papier“) gegeben gewesen war, also auch für den Kläger nicht ohne Weiteres zu erkennen war, dass es sich bei dem Herkulespapier um das in der Dienstvereinbarung in Bezug genommene Papier gehandelt habe und er somit keine Möglichkeit des Wechsels der Altersversorgung mehr habe. Darauf kommt es jedoch nicht entscheidend an. Denn die Dienstvereinbarung wendet sich als kollektive Regelung nicht nur an den Kläger, sondern an eine Vielzahl von beschäftigten Arbeitnehmern. Maßgeblich ist also, ob interessierte Arbeitnehmer sich umfassend aus dieser über ihre daraus resultierenden Rechte und

Pflichten informieren konnten. Und, vor allem erfasst der Wechselausschluss auch Arbeitnehmer, die nach Abschluss der Dienstvereinbarung auf der Grundlage des Strategiepapieres Aufhebungsverträge abschlossen. Insbesondere diese Beschäftigten mussten sich informieren können, welche Folgen der Abschluss der Beendigungsvereinbarung für sie haben werde. Dies war aber nach der Bezugnahme auf eine nicht veröffentlichte Vereinbarung (Strategiepapier) nicht der Fall.

c. Infolge der hinsichtlich Ziff. III. Satz 2 der Dienstvereinbarung nicht eingehaltenen Schriftform wäre die Dienstvereinbarung grundsätzlich nichtig (§ 125 BGB; vgl. die Nachweise oben a.). Eine bloße Teilunwirksamkeit der Dienstvereinbarung erfasst nach dem die gesamte Vereinbarung, sofern diese ohne die unwirksame Regelung einen anderen Sinn oder Inhalt erhält (BAG v. 11. 1. 2011 – 1 ABR 104/09, NZA 2011, 651; BAG v. 26. 8. 2008 – 1 ABR 16/07, NZA 2008, 1187; BAG v. 26. 4. 2005 – 1 ABR 1/04, NZA 2005, 884; BAG v. 15. 5. 2001 – 1 ABR 39/00, NZA 2001, 1154).

aa. Bei bloßer Teilnichtigkeit einer Dienstvereinbarung ist unter Anwendung des Rechtsgedankens von § 139 BGB (zur Anwendung dieses Rechtsgedankens BAG v. 11. 1. 2011, a.a.O., unter Rz. 23; abweichend *Weber* in: Richardi/Dörner/Weber, a.a.O., § 73 Rz. 16) i.d.R. von einer Gesamtnichtigkeit auszugehen, es sei denn, die verbleibende Vereinbarung steht in keinem unauflösbaren Zusammenhang mit dem nichtigen Teil und stellt auch ohne diesen eine sinnvolle und in sich geschlossene Regelung dar (BAG v. 11. 1. 2011, a.a.O.; *Weber* in: Richardi/Dörner/Weber, a.a.O.; Teilnichtigkeit offen gelassen: BAG v. 28. 6. 2011 – 3 AZR 282/09, EzA BetrAVG § 116 Nr. 11 unter Rz. 35).

bb. Danach ist im vorliegenden Fall von der alleinigen Unwirksamkeit von Ziff. III. Satz 2 der Dienstvereinbarung auszugehen. Der Sinn der Dienstvereinbarung ist dadurch in keiner Weise tangiert. Diese stellt nach wie vor eine einheitliche und geschlossene Regelung dar. Zwar erhöht sich infolge der Nichtigkeit von Ziff. III. Satz 2 der Dienstvereinbarung der Kreis derjenigen Personen, welche in die neue Versorgungsordnung 2010 wechseln können, was allerdings die neue Versorgungsordnung als solche, wie auch deren Ausgestaltung in keiner Weise berührt.

Dieses Ergebnis entspricht zudem dem Willen von Gesamtpersonalrat und Arbeitgeber, die in Ziff. VI der Dienstvereinbarung eine sog. salvatorische Klausel vereinbart haben; soweit einzelne Regelungen unwirksam sind, solle dadurch die Dienstvereinbarung im

Übrigen nicht tangiert sein. Infolge dieser ist lediglich von einer Teilnichtigkeit der Dienstvereinbarung auszugehen.

cc. Eine wirksame, der Regelung in Ziff. III Satz 2 der Dienstvereinbarung nahe kommende Neuregelung ist zwischen Gesamtpersonalrat und Arbeitgeber bis dato nicht getroffen, weswegen eine solche hier nicht zugrunde zu legen ist. Das Gericht kann selbst keine abweichende wirksame Regelung zur Füllung der entstandenen Lücke treffen.

In der Einigungsstelle, welche die vorliegende Dienstvereinbarung beschlossen hatte, war zwar zunächst eine Formulierung:

„Ausgenommen hiervon sind Beschäftigte, die nach dem derzeitigen Instrumentarium zum Personalabbau eine Beendigungsvereinbarung abgeschlossen haben oder auf dieser Grundlage abschließen werden.“ (Protokoll der Einigungsstellenverhandlung, Anlage B 6, S. 3, Bl. 177 d. A.).

Ungeachtet der Frage, ob diese zunächst vorgeschlagene Formulierung von Ziff. III Satz 2 wirksam wäre, wenn das „derzeitige Instrumentarium zum Personalabbau“ nicht näher bezeichnet und ebenso nicht (vollständig) bekannt gemacht bzw. zugänglich ist, wirksam gewesen wäre, ist das Gericht auch gehindert, die beschlossene Formulierung durch die vorstehende zu ersetzen. Denn die vorstehende Formulierung war gerade nicht beschlossen worden. Sie entsprach demnach nicht dem Willen der Einigungsstelle bzw. von Gesamtbetriebsrat und Arbeitgeber. Zudem: In Ziff. VI. Abs. 2 Satz 2 der letztlich zustande gekommenen Dienstvereinbarung ist vorgesehen, dass eine Lücke infolge einer unwirksamen Regelung durch Gesamtbetriebsrat und Arbeitgeber gefüllt wird, was eine Lückenfüllung durch das Gericht ausschließt, auch wenn Anhaltspunkte für eine Formulierung bestehen, welche in Kenntnis der Unwirksamkeit der letztlich getroffenen wohl abgeschlossen worden wäre.

d. Die Dienstvereinbarung kann, entgegen der Ansicht der Beklagten, auch nicht im Wege eines sog. „blue-pencil-Tests“ hergestellt werden, da durch, dass der beanstandete Einschub wie folgt gestrichen wird:

Vor dem 01.01.2002 eingetretene Beschäftigte können ihre Anwartschaft gegenüber der Versorgungskasse nach Maßgabe der folgenden Regelungen in die VO2010 überführen. Ausgenommen hiervon sind Beschäftigte, die nach der Vereinbarung „Strategie der ... – Personelle Veränderungsprozesse vom 01.02.2008“ (Instrumentarium zum Personalabbau) eine

Beendigungsvereinbarung abgeschlossen haben oder auf dieser Grundlage abschließen werden.

Inwieweit einer derartiger „blue-pencil-Test“, der im Rahmen der AGB-Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen entwickelt worden war, auf die Teilnichtigkeit von Betriebs- oder Dienstvereinbarungen übertragen werden kann, kann vorliegend offen bleiben. Denn eine derartige Streichung ist auch nach der klaren Regelung der Dienstvereinbarung durch das Gericht nicht vorzunehmen. Denn in Ziff. VI. Abs. 2 Satz 2 der Dienstvereinbarung haben sich Gesamtpersonalrat und Arbeitgeber verpflichtet, bei der Nichtigkeit einzelner Abreden eine Ergänzungsregelung zu treffen, welche gewährleistet, dass eine angemessene Regelung die entstandene Lücke ausfüllt. Diese Rechtssetzung kann nicht durch das Gericht übernommen werden. Zudem scheiterte der „blue-pencil-Test“ auch daran, dass bei Streichung des Einschubes die Zahl der Beschäftigten, welche die Versorgungsordnung nicht wechseln können sollen, über die bisherige Regelung hinaus (deutlich) erweitert würde. Damit wären dann auch Arbeitnehmer vom Wechselausschluss erfasst, welche eine Beendigungsvereinbarung aus persönlichen oder verhaltensbedingten Gründen abgeschlossen haben. Deren Erfassung entsprach auch nicht dem Willen der Beteiligten des Einigungsstellenverfahrens, in dem die vorliegende Dienstvereinbarung abgeschlossen worden war (vgl. Anlage B 6, S. 3, Bl. 177 d. A.); dort war man sich einig, dass nur betriebsbedingt ausscheidende Mitarbeiter ausgeschlossen sein sollten.

3. Antrag 2 der Hauptanträge des Klägers in der Berufungsinstanz ist nicht begründet. Der Kläger hat neben demjenigen auf Annahme seines Wechselangebotes (vgl. oben 1., 2.) keinen Anspruch, darüber hinaus in bestimmter Weise behandelt zu werden. Aus der Annahme des Wechselangebotes folgen bereits die entsprechenden Verpflichtungen, ihn nach der Versorgungsordnung 2010 ab 1. Jan. 2010 zu versichern.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, wobei die Kostenquotelung wie geschehen vorzunehmen war. Der Wert der Klageabweisung war im Verhältnis zum Klagezuspruch als gering anzusehen.

IV. Die Revisionszulassung erfolgte nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann die Beklagte Revision einlegen.

Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>.

Dr. Künzl

Gottsmann

Ernle