

# BUNDESGERICHTSHOF



3 AZR 611/10  
6 Sa 18/10  
Thüringer  
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
11. Dezember 2012

## URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Dezember 2012 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Gräfl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlewing, den

Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Spinner sowie die ehrenamtliche Richterin Frehse und den ehrenamtlichen Richter Dr. Hopfner für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 19. Juli 2010 - 6 Sa 18/10 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte zur Zahlung einer monatlichen Zusatzversorgung an den Kläger verpflichtet ist. Hilfsweise begehrt der Kläger von dem Beklagten Schadensersatz aus Verletzung der Fürsorgepflicht. 1

Der am 9. Januar 1934 geborene Kläger war in der ehemaligen DDR seit dem Jahr 1965 als Hochschulprofessor tätig. Nach Herstellung der Einheit Deutschlands wurde er von dem beklagten Freistaat bis zum Eintritt in den Ruhestand am 1. Februar 2001 an der Hochschule für Architektur und Bauwesen W als sog. C4-Professor im Anstellungsverhältnis weiterbeschäftigt. Eine Ernennung zum Beamten erfolgte nicht, weil der Kläger das 55. Lebensjahr bereits vollendet hatte. Der Dienstvertrag der Parteien vom 26. Januar 1993/1. Februar 1993 lautet: 2

#### **„§ 1**

Herr Dr. L wird mit Wirkung vom 01. Februar 1993 auf unbestimmte Zeit als Professor im Angestelltenverhältnis gemäß § 50 Abs. 3 i.V.m. § 124 Abs. 5 ThürHG bei der Hochschule für Architektur und Bauwesen W weiterbeschäftigt.

Herrn Dr. L obliegt die Aufgabe, das Fach Entwerfen und Baukonstruktion in Lehre und Forschung angemessen zu vertreten.

Herr Dr. L ist berechtigt, für die Dauer des in Satz 1 genannten Dienstverhältnisses die Bezeichnung „**Universitätsprofessor**“ zu führen.

## § 2

Das Dienstverhältnis wird vom Geltungsbereich des Bundesangestelltentarifvertrages (BAT-O) nicht erfaßt. Soweit sich aus dem Dienstvertrag nichts anderes ergibt, finden die Vorschriften des BAT-O vom 10.12.1990 in der jeweils geltenden Fassung Anwendung. Dienstaufgaben und Rechtsstellung bestimmen sich nach den gesetzlichen Vorschriften in ihrer jeweils geltenden Fassung, insbesondere nach §§ 47, 50, 57 und 58 ThürHG.

## § 3

Herr Dr. L erhält eine Vergütung in Höhe der Bezüge eines Beamten der Besoldungsgruppe C 4 Bundesbesoldungsordnung C (Anlage II zum Bundesbesoldungsgesetz).

Für die Berechnung des Besoldungsdienstalters gelten die beamtenrechtlichen Vorschriften des Landes Thüringen in der jeweils geltenden Fassung.

## § 4

Für den Umfang der zu übernehmenden Lehrverpflichtungen, hinsichtlich Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall, Erholungsurlaub, Sonderurlaub und Dienstbefreiung, Beihilfe sowie Nebentätigkeit gelten die beamtenrechtlichen Vorschriften des Landes Thüringen in der jeweils geltenden Fassung.

Herr Dr. L erhält in entsprechender Anwendung der für die Beamten des Landes Thüringen geltenden Bestimmungen eine jährliche Sonderzuwendung, Urlaubsgeld und vermögenswirksame Leistungen.

## § 5

Der Dienstvertrag kann abweichend von § 53 Abs. 2 BAT-O nur jeweils unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten zum Semesterende gekündigt werden. Das Recht der außerordentlichen Kündigung bleibt unberührt. Das Beschäftigungsverhältnis endet, abweichend von § 60 Abs. 1 BAT-O, mit Ablauf des letzten Monats des Semes-

ters, in dem der Angestellte das 65. Lebensjahr vollendet hat, ohne daß es einer Kündigung bedarf.

### § 6

Ein Anspruch auf Übernahme in das Beamtenverhältnis wird durch diesen Dienstvertrag nicht begründet. Mündliche Vereinbarungen über das Dienstverhältnis sind nichtig.

### § 7

Das zwischen Herrn Dr. L und dem Land Thüringen bestehende Arbeitsverhältnis verliert mit Inkrafttreten dieses Dienstvertrages seine Gültigkeit.“

Der Kläger erhält von der BfA (*jetzt: Deutsche Rentenversicherung Bund*) seit dem 1. Februar 1999 eine monatliche Altersrente iHv. zunächst 3.148,00 DM (*entspricht 1.574,00 Euro*). 3

Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm beginnend ab dem 1. Februar 2001 eine monatliche Zusatzversorgung in Höhe der Versorgungsbezüge eines verbeamteten C4-Professors abzüglich der BfA-Rente, hilfsweise eine monatliche Rente in der Höhe zu zahlen, die er von der VBL erhalten würde, wenn er für die Zeit vom 12. Oktober 1990 bis zum 31. Januar 2001 bei der VBL versichert gewesen wäre. Zweitinstanzlich hat er zudem hilfsweise die Feststellung begehrt, dass der Beklagte dem Grunde nach verpflichtet ist, ihm den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden sei, dass es der Beklagte unterlassen habe, ihn bei Vertragsschluss am 21. Januar/1. Februar 1993 auf die bis zum 31. Dezember 1993 bestandene Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Zahlungsbetragsgarantie gemäß § 4 Abs. 4 AAÜG hinzuweisen. 4

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Verpflichtung des Beklagten zur Gewährung einer monatlichen Zusatzversorgung in Höhe der einem beamteten C4-Professor Ost zustehenden Versorgungsbezüge ergebe sich bereits aus dem Dienstvertrag vom 21. Januar 1993/1. Februar 1993. Er sei durch diesen Dienstvertrag auch hinsichtlich der Versorgung einem Beamten 5

gleichgestellt worden. Dies folge jedenfalls aus einer ergänzenden Vertragsauslegung. Darüber hinaus rechtfertige sich der Anspruch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Es gebe keinen sachlichen Grund, ihn hinsichtlich der Versorgung schlechter zu behandeln als einen Professor im Beamtenverhältnis. Er habe die gleichen hoheitlichen Aufgaben wie seine verbeamteten Kollegen erfüllt und sei diesen von dem Beklagten in besoldungsrechtlicher Hinsicht ausdrücklich gleichgestellt worden. Durch die fehlende beamtenrechtliche Altersversorgung werde er wegen des Alters diskriminiert. Im Übrigen stehe Unionsrecht einer Differenzierung zwischen Beamten und Angestellten entgegen. Zumindest schulde ihm der Beklagte eine zusätzliche Versorgung, die er erhalten würde, wenn er in der Zeit vom 12. Oktober 1990 bis zum 31. Januar 2001 bei der VBL versichert gewesen wäre.

Zudem habe der Beklagte seine Fürsorgepflicht verletzt, indem er es unterlassen habe, ihn über die bis zum 31. Dezember 1993 bestandene befristete Möglichkeit einer Inanspruchnahme der Zahlbetragsgarantie gemäß § 4 Abs. 4 AAÜG hinzuweisen. Wenn ihm ein entsprechender Hinweis erteilt worden wäre, hätte er zur Verbesserung seiner Versorgung geeignete Dispositionen getroffen.

6

Der Kläger hat in zweiter Instanz zuletzt beantragt

7

1. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm beginnend ab dem 1. Februar 2001 eine monatliche Zusatzversorgung in Höhe der Versorgungsbezüge eines verbeamteten C4-Professors Ost abzüglich der BfA-Rente Ost nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jeweils ab dem ersten Kalendertag des Folgemonats zu zahlen,
2. hilfsweise festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, beginnend ab dem 1. Februar 2001 eine monatliche Rente in der Höhe zu zahlen, die von der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder zu zahlen gewesen wäre, wenn der Kläger im Zeitraum ab dem 12. Oktober 1990 bis zum 31. Januar 2001 bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder versichert gewesen wäre, nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jeweils ab dem ersten Kalendertag des Folgemonats,

3. hilfsweise festzustellen, dass der Beklagte dem Grunde nach dazu verpflichtet ist, ihm den Schaden aus der Verletzung der Fürsorgepflicht zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, dass es der Beklagte unterlassen hat, ihm zum Zeitpunkt des Vertragschlusses am 21. Januar 1993/1. Februar 1993 über die bis 31. Dezember 1993 bestehende Befristung der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Zahlbetragsgarantie gemäß § 4 Abs. 4 AAÜG hinzuweisen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, der Kläger könne eine beamtenrechtliche Versorgung nicht verlangen. Er sei durch den Dienstvertrag versorgungsrechtlich mit einem beamteten Professor nicht gleichgestellt worden. Der Gleichbehandlungsgrundsatz sei nicht verletzt. Eine Gleichbehandlung zwischen Beamten und Angestellten scheide generell aus. Schließlich habe der Beklagte seine Fürsorgepflicht nicht verletzt. Ihn treffe bei Abschluss eines Arbeitsvertrags grundsätzlich nicht die Verpflichtung, von sich aus dem Arbeitnehmer Auskunft über die Höhe der von ihm zu erwartenden Rente zu erteilen. Zudem seien etwaige Ansprüche nach den tariflichen Ausschlussfristen des BAT-O verfallen und überdies verjährt.

8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter, wobei er mit der Revisionsbegründung im Antrag zu 1. den Zeitpunkt, ab dem die Feststellung getroffen werden soll, auf den 1. Januar 2006 und im Antrag zu 2. auf den 1. Februar 2006 beschränkt hat und mit dem Antrag zu 3. lediglich die Feststellung verlangt hat „dass der Beklagte dem Grunde nach dazu verpflichtet ist, dem Kläger den Schaden aus der Verletzung der Fürsorgepflicht zu ersetzen“. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Kläger die zuletzt beim Landesarbeitsgericht verfolgten Anträge gestellt und den Antrag zu 1. ergänzt um die Hilfsanträge festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm beginnend ab dem 1. Februar 2001 eine monatliche Zusatzversorgung in Höhe eines Drittels, hilfsweise eines Viertels der Versorgungsbezüge eines beamteten C4-Professors Ost, jeweils nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jeweils ab dem

9

1. Kalendertag des Folgemonats, zu zahlen. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Dem Kläger stehen weder die geltend gemachten Versorgungsansprüche zu noch ist der Beklagte dem Kläger zum Schadensersatz wegen Verletzung der Fürsorgepflicht verpflichtet. 10

I. Die Revision ist insgesamt zulässig. 11

1. Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die begehrten Versorgungsleistungen - wie beim Landesarbeitsgericht - wieder ab dem 1. Februar 2001 verlangt hat, liegt keine unzulässige Klageerweiterung in der Revisionsinstanz vor. Der Kläger hat zwar in der Revisionsbegründung die Anträge zu 1. und 2. auf den „01.01.2006“ bzw. „01.02.2006“ vermeintlich eingeschränkt. Aus der Revisionsbegründung ergibt sich jedoch, dass der Kläger nach wie vor davon ausging, dass der Beklagte ihm ab dem Eintritt in den Ruhestand am 1. Februar 2001 eine Zusatzversorgung schuldet. Mithin stellen sich die Datumsangaben in den Anträgen aus der Revisionsbegründung, auf die der Kläger in der Begründung nicht näher eingegangen ist, als Schreibversehen dar. Der Kläger hat erkennbar auch in der Revision von Anfang an seine in den Vorinstanzen bereits gestellten Anträge weiter verfolgt. Dies gilt auch für den Klageantrag zu 3. 12

2. Die Revision ist auch hinsichtlich der in der Revisionsverhandlung neu angebrachten Hilfsanträge auf Zahlung einer monatlichen Zusatzversorgung in Höhe eines Drittels bzw. eines Viertels der Versorgungsbezüge eines beamteten C4-Professors Ost zulässig. 13

a) Im Revisionsverfahren können zwar neue prozessuale Ansprüche grundsätzlich nicht zur gerichtlichen Entscheidung gestellt werden (*st. Rspr.*, 14

vgl. BAG 3. Mai 2006 - 10 AZR 310/05 - Rn. 52 mwN, EzA BGB 2002 § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 18). Das Revisionsgericht prüft, ob die Vorinstanz über die Klage rechtsfehlerfrei entschieden hat. Der Beurteilung des Revisionsgerichts unterliegt dabei nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil oder dem Sitzungsprotokoll ersichtlich ist. Mit dem Ende der Berufungsverhandlung wird die Urteilsgrundlage abgeschlossen (BGH 25. April 1988 - II ZR 252/86 - zu 7 a der Gründe, BGHZ 104, 215). Eine Klageerweiterung, mit der anstelle des rechtshängigen Anspruchs oder daneben ein neuer Anspruch erhoben wird, ist deshalb in der Revisionsinstanz grundsätzlich nicht möglich. Die Entscheidung über einen solchen Antrag erfordert in der Regel weitere tatsächliche Feststellungen. Solche können von einem Revisionsgericht aus prozessualen Gründen nicht getroffen werden. Klageänderungen und Klageerweiterungen sind in der Revisionsinstanz allerdings aus prozessökonomischen Gründen ausnahmsweise zulässig, wenn der neue Sachantrag sich auf den vom Landesarbeitsgericht festgestellten Lebenssachverhalt und den unstreitigen Parteivortrag stützt (BAG 3. Mai 2006 - 10 AZR 310/05 - aaO).

b) Danach liegt in den neu gestellten Hilfsanträgen keine Klageerweiterung. Das mit den Hilfsanträgen jeweils verfolgte Klagebegehren ist im Hauptantrag zu 1. enthalten. Der Kläger hat mit den Hilfsanträgen lediglich den Hauptantrag der Höhe nach eingeschränkt. Er verlangt mit einem Drittel bzw. einem Viertel der Versorgungsbezüge eines beamteten C4-Professors Ost lediglich die der Dauer seiner Dienstzeit als sog. C4-Professor Ost entsprechenden Versorgungsbezüge.

15

II. Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. Dem Kläger steht gegen den Beklagten weder ein Anspruch auf eine monatliche Zusatzversorgung in Höhe der Versorgungsbezüge eines beamteten C4-Professors Ost abzüglich der von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA; heute: Deutsche Rentenversicherung Bund) gewährten Rente noch eine solche in Höhe eines Drittels oder eines Viertels der Versorgungsbezüge eines verbeamteten C4-Professors Ost zu. Ebenso wenig

16

hat der Kläger gegen den Beklagten einen Anspruch auf eine Zusatzversorgung in der Höhe, die von der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder zu zahlen gewesen wäre, wenn er im Zeitraum vom 12. Oktober 1990 bis zum 31. Januar 2001 dort versichert gewesen wäre. Der Beklagte ist auch nicht verpflichtet, dem Kläger Schadensersatz wegen Verletzung der Fürsorgepflicht zu leisten.

1. Der Hauptantrag (*Antrag zu 1.*) einschließlich der beiden in der Revisionsverhandlung gestellten, die Höhe der Versorgungsbezüge einschränken-17  
den, Hilfsanträge sind unbegründet. Der Beklagte ist nicht verpflichtet, dem Kläger beginnend ab dem 1. Februar 2001 eine monatliche Zusatzversorgung in Höhe der Versorgungsbezüge eines verbeamteten C4-Professors Ost abzüglich der sog. BfA-Rente-Ost zu zahlen und diese Zahlung zu verzinsen. Ebenso wenig ist der Beklagte verpflichtet, dem Kläger Versorgungsbezüge in Höhe eines Drittels oder eines Viertels der Versorgungsbezüge eines beamteten C4-Professors Ost zu zahlen. Eine solche Verpflichtung des Beklagten folgt nicht aus dem Dienstvertrag der Parteien vom 26. Januar 1993/1. Februar 1993. Dies ergibt die Auslegung des Vertrags. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet mangels Regelungslücke aus.
- a) Die Vorinstanzen haben die Vereinbarungen der Parteien zu Recht so18  
ausgelegt, dass die Beklagte keine Versorgung entsprechend dem Beamtenversorgungsrecht schuldet.
- aa) Bei dem Dienstvertrag vom 26. Januar 1993/1. Februar 1993 handelt es19  
sich um einen vom Beklagten für eine Vielzahl von gleich gelagerten Fällen vorformulierten Vertragstext und damit um Allgemeine Geschäftsbedingungen (*nunmehr § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB*) bzw. typische Willenserklärungen. Die Auslegung des Dienstvertrags durch das Landesarbeitsgericht unterliegt daher der vollen Überprüfung im Revisionsverfahren (*vgl. BAG 15. November 2011 - 3 AZR 869/09 - Rn. 29, AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 65; 18. Mai 2010 - 3 AZR 373/08 - Rn. 32, BAGE 134, 269*).

bb) Dem Kläger wurde durch den Dienstvertrag vom 26. Januar 1993/1. Februar 1993 keine Versorgung nach beamtenrechtlichen Grundsätzen zugesagt. 20

(1) Der Dienstvertrag enthält eine in sich geschlossene Regelung der vertraglichen Rechte der Parteien. Danach wurde der Kläger in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis auf der Grundlage des Dienstvertrags als Professor im Angestelltenverhältnis gemäß § 50 Abs. 3 iVm. § 124 Abs. 5 ThürHG bei der Hochschule für Architektur und Bauwesen W weiterbeschäftigt und ihm für die Dauer des Dienstverhältnisses die Berechtigung verliehen, den Titel „Universitätsprofessor“ zu führen (§ 1). Die aus dem Dienstverhältnis folgenden gegenseitigen Rechte und Pflichten wurden im Einzelnen festgelegt. Die Rechtsstellung des Klägers wurde dabei durch § 2 Satz 3, der die Dienstaufgaben des Klägers und dessen rechtliche Stellung durch Bezugnahme auf die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere § 47 ThürHG über die Professoren an Hochschulen, § 50 ThürHG über die dienstrechtliche Stellung der Professoren, § 57 ThürHG über die gemeinsamen Bestimmungen für das Personal an Hochschulen und § 58 ThürHG über die dienstrechtlichen Sonderregelungen für das wissenschaftliche Personal an Hochschulen regelt, im Einzelnen ausgestaltet. In § 4 sind die akademischen Verpflichtungen des Klägers unter Bezugnahme auf die beamtenrechtlichen Vorschriften des Landes Thüringen festgelegt. 21

Hinsichtlich der Verpflichtungen des Beklagten enthält § 3 eine Regelung, wonach der Kläger „eine Vergütung in Höhe der Bezüge eines Beamten der Besoldungsgruppe C 4 Bundesbesoldungsordnung C (Anlage II zum Bundesbesoldungsgesetz)“ erhält. Für die Berechnung des Besoldungsdienstalters wird auf die beamtenrechtlichen Vorschriften des Landes Thüringen verwiesen. Ebenso wird in § 4 hinsichtlich Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall, Erholungsurlaub, Sonderurlaub und Dienstbefreiung, Beihilfe sowie Nebentätigkeiten auf die beamtenrechtlichen Vorschriften des Landes Thüringen in ihrer jeweils gültigen Fassung Bezug genommen. 22

§ 5 regelt die Beendigung des Dienstvertrags. Als Auffangregelung wird in § 2 - soweit nichts anderes vereinbart ist - auf die Vorschriften des BAT-O 23

vom 10. Dezember 1990 in der jeweils geltenden Fassung verwiesen. Im Übrigen enthält der Vertrag in § 6 Satz 1 den Hinweis, dass durch den Vertrag ein Anspruch auf Übernahme in ein Beamtenverhältnis nicht begründet wird.

(2) Damit enthält der Dienstvertrag keine Verweisung auf Versorgungsregelungen im Beamtenrecht. Eine solche kann insbesondere nicht aus § 3 und § 4 des Vertrags entnommen werden. In § 3 sind lediglich besoldungsrechtliche Bestimmungen, nämlich die Bundesbesoldungsordnung und das Bundesbesoldungsgesetz in Bezug genommen. Ein Verweis auf beamtenversorgungsrechtliche Bestimmungen, die seinerzeit bundeseinheitlich im Beamtenversorgungsgesetz (zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Oktober 1990, BGBl. I S. 2298, zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. Mai 1994, BGBl. I S. 1078) geregelt waren, erfolgte dagegen nicht. Ebenso wenig nimmt § 4 auf das Beamtenversorgungsgesetz Bezug. Die in § 4 unter Verweisung auf die jeweils geltenden beamtenrechtlichen Vorschriften geregelten Gegenstände (*Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall, Erholungsurlaub, Sonderurlaub, Dienstbefreiung, Beihilfe, Nebentätigkeiten, jährliche Sonderzuwendung, Urlaubsgeld und vermögenswirksame Leistungen*) umfassen nicht das Versorgungsrecht.

24

Aus der in § 3 Satz 1 des Dienstvertrags getroffenen Vereinbarung, wonach der Kläger „eine Vergütung in Höhe der Bezüge eines Beamten der Besoldungsgruppe C 4 Bundesbesoldungsordnung“ erhält, folgt nicht, dass er auch eine entsprechende Versorgung erhält. Mit dem Begriff der Bezüge ist lediglich die Vergütung im laufenden Dienstverhältnis, nicht aber die Versorgung gemeint.

25

Für das Verständnis des Begriffs „Bezüge“ ist - entgegen der Auffassung der Revision - § 1 Abs. 2 und Abs. 3 BBesG von Bedeutung. Danach zählten zu den Bezügen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Jahr 1993 ua. der Grundgehalt, Zuschüsse zum Grundgehalt für Professoren an Hochschulen, der Ortszuschlag, Zulagen, Vergütungen, jährliche Sonderzuwendungen, vermögenswirksame Leistungen und das jährliche Urlaubsgeld. Dies sind die Vergütungsbestandteile, die während der aktiven Zeit die Bezüge bestimmen

26

und die nach § 3 und § 4 Satz 2 des Dienstvertrags für die Vergütung des Klägers maßgeblich sein sollten. Aus dem Entgeltcharakter der betrieblichen Altersversorgung (vgl. hierzu etwa BVerfG 7. Juli 2009 - 1 BvR 1164/07 - zu B I 3 b bb (2) (a) der Gründe, BVerfGE 124, 199; BAG 5. September 1989 - 3 AZR 575/88 - zu I 1 der Gründe, BAGE 62, 345; BGH 20. September 2006 - IV ZR 304/04 - zu II 3 b der Gründe, BGHZ 169, 122) folgt nichts anderes. Daraus kann nicht geschlossen werden, dass allein die Vereinbarung von Arbeitsentgelt auch die Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung umfasst.

(3) Entgegen der Auffassung der Revision folgt aus der vereinbarten 27  
Geltung des Nebentätigkeitsrechts für Beamte des Beklagten auch im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (19. September 2007 - 2 BvF 3/02 - zu C I 2 der Gründe, BVerfGE 119, 247) nicht, dass der Kläger in jedweder und somit auch in versorgungsrechtlicher Hinsicht einem Beamten gleichgestellt sein sollte. Die Geltung der beamtenrechtlichen Vorschriften zum Nebentätigkeitsrecht (§ 4 Satz 1 des Dienstvertrags) hätte sich ohne die Regelung in § 4 Satz 1 des Dienstvertrags aus § 2 Satz 2 des Dienstvertrags iVm. § 11 BAT-O ergeben. Nach § 11 Satz 1 BAT-O fanden für die Nebentätigkeiten der Angestellten im öffentlichen Dienst die für Beamte des Arbeitgebers jeweils geltenden Bestimmungen sinngemäß Anwendung. Dies wären ebenfalls die für Beamte des Freistaats Thüringen geltenden beamtenrechtlichen Vorschriften.

(4) Damit war der Kläger nach dem Arbeitsvertrag nicht in jeglicher Hinsicht 28  
mit beamteten Professoren gleichgestellt. Eine derart umfassende Gleichstellung entsprach weder Sinn und Zweck noch war sie Geschäftsgrundlage des Dienstvertrags. Sie sollte nur erfolgen, soweit dies im Dienstvertrag ausdrücklich bestimmt ist. Hinsichtlich der Altersversorgung wurde eine Gleichstellung nicht vorgenommen. Wäre eine umfassende Gleichstellung beabsichtigt gewesen, wäre weder verständlich, warum eine Ernennung des Klägers zum Beamten unterblieb, noch weshalb in dem Dienstvertrag nur hinsichtlich genau bezeichneter Regelungsgegenstände auf das Beamtenrecht verwiesen wurde.

(5) In der fehlenden versorgungsrechtlichen Gleichstellung des Klägers mit einem beamteten C4-Professor liegt keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, die eine andere Auslegung des Dienstvertrags gebieten könnte. Die Versorgungssysteme der Beamten und der Angestellten sind von Grund auf verschieden. Dies beruht auf dem unterschiedlichen Status beider Beschäftigtengruppen, auch wenn Angestellte und Beamte gleichwertige und gleiche Tätigkeiten verrichten. 29

Diese grundsätzliche Unterschiedlichkeit der Versorgungssysteme der Beamten einerseits und der Angestellten andererseits wird entgegen der Auffassung der Revision nicht durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (*1. März 2012 - C-393/10 - [O'Brien] NZA 2012, 313 und 18. Oktober 2012 - C-302/11 - [Valenza] ABl. EU C 379 vom 8. Dezember 2012 S. 9*) in Frage gestellt. Der EuGH hat in der Rechtssache O'Brien zur Auslegung der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von der UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (*ABl. EG L 14 vom 20. Januar 1998 S. 9*), geändert durch die Richtlinie 98/23/EG vom 7. April 1998 (*ABl. EG L 131 vom 5. Mai 1998 S. 10*), zur unterschiedlichen Behandlung von Beschäftigten in Vollzeit einerseits und in Teilzeit andererseits entschieden, jedoch keine Aussage dazu getroffen, dass eine Differenzierung zwischen jeweils in Vollzeit beschäftigten Beamten und Angestellten nicht zulässig sei. In der Rechtssache Valenza hat sich der EuGH mit der Befristungsrichtlinie (*Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge [ABl. EG L 175 vom 10. Juli 1999 S. 43]*) befasst und zur unterschiedlichen Behandlung von Dienstzeiten in befristeten und unbefristeten Beschäftigungsverhältnissen Stellung genommen. Auch diese Entscheidung befasst sich nicht mit der Differenzierung zwischen Beamten und Angestellten bei der Altersversorgung. 30

b) Die mit dem Dienstvertrag getroffenen Vereinbarungen erfordern keine ergänzende Vertragsauslegung. Der Dienstvertrag weist keine planwidrige Regelungslücke auf. Die Parteien haben in ihrer Vereinbarung die Frage der 31

betrieblichen Altersversorgung nicht ungeregt gelassen, obwohl eine solche Regelung, wovon zugunsten des Klägers ausgegangen werden kann, nahegelegen hätte. Dieser Punkt wurde durch den in § 2 des Dienstvertrags enthaltenen Verweis auf das Tarifrecht des BAT-O abgedeckt.

aa) Geht es - wie hier - um typische Willenserklärungen, ist eine ergänzen- 32  
de Vertragsauslegung auch durch das Revisionsgericht vorzunehmen. Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist, dass die Vereinbarung der Parteien eine Regelungslücke - planwidrige Unvollständigkeit - aufweist. Eine solche liegt vor, wenn die Parteien einen Punkt übersehen oder wenn sie ihn zwar nicht übersehen, aber bewusst offengelassen haben, weil sie ihn zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht für regelungsbedürftig gehalten haben und wenn sich diese Annahme nachträglich als unzutreffend herausstellt. Von einer planwidrigen Unvollständigkeit kann nur gesprochen werden, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrags eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen wäre (*BAG 15. November 2011 - 3 AZR 869/09 - Rn. 43, AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 65; 21. April 2009 - 3 AZR 640/07 - Rn. 32 f., BAGE 130, 202*).

bb) Eine derartige planwidrige Unvollständigkeit liegt hier nicht vor. Viel- 33  
mehr haben die Parteien ein in sich geschlossenes System der Regelung der Arbeitsbedingungen des Klägers gefunden, das die Zusage einer Beamtenversorgung gerade nicht einschloss, sondern eine auf die im Einzelnen genannten Punkte begrenzte Annäherung an die Rechtslage im Beamtenverhältnis vorsah. Die Parteien haben die Frage der betrieblichen Altersversorgung zudem anderweitig durch ihren Verweis auf tarifvertragliche Bestimmungen geregelt.

Nach dem Dienstvertrag galt der BAT-O in der jeweils geltenden Fas- 34  
sung. Als Hochschullehrer fiel der Kläger nicht unter den persönlichen Geltungsbereich des BAT-O. Hochschullehrer waren nach § 3 Buchst. g BAT-O von dessen Geltungsbereich ausgenommen. Dies haben die Parteien in § 2 Satz 1 des Dienstvertrags ausdrücklich klarstellend festgehalten. Wenn unter

diesen Umständen trotzdem auf die Bestimmungen des BAT-O Bezug genommen wurde, waren diese kraft der vertraglichen Vereinbarung ohne Rücksicht auf die tarifliche Ausnahme vom Geltungsbereich anzuwenden. Das gilt auch für die Regelungen über die VBL-Versorgung (*vgl. BAG 16. März 2010 - 3 AZR 744/08 - NZA-RR 2010, 610*).

Zwar war zum Zeitpunkt des Abschlusses des Dienstvertrags im Januar/Februar 1993 im BAT-O noch keine VBL-Versorgung vorgesehen. § 46, der im BAT den Anspruch auf zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung erwähnt, war im BAT-O zu dieser Zeit unbesetzt. Die Überschrift in Abschn. X „Zusätzliche Alters- und Hinterbliebenenversorgung“ war im BAT-O nicht enthalten. Der „Tarifvertrag über die Versorgung der Arbeitnehmer des Bundes und der Länder sowie von Arbeitnehmern kommunaler Verwaltungen und Betriebe“ (*im Folgenden: Versorgungs-TV*) war in der vor dem 1. Januar 1997 geltenden Fassung nach seinem § 2 Abs. 1 in den Ländern für alle Arbeitnehmer im Geltungsbereich des BAT anwendbar, nicht jedoch für diejenigen im Geltungsbereich des BAT-O (*vgl. BAG 15. November 2011 - 3 AZR 869/09 - Rn. 46, AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 65*).

35

Trotzdem war § 2 des Dienstvertrags der Parteien eine Regelung dahin gehend zu entnehmen, dass sobald die dem BAT-O unterfallenden Arbeitnehmer eine betriebliche Altersversorgung erhalten sollten, auch der Kläger an dieser Altersversorgung teilnehmen sollte. Denn spätestens seit Ende des Jahres 1992 fanden für den öffentlichen Dienst im Bereich des BAT-O Tarifverhandlungen statt, die auch die Frage der Einführung der VBL-Versorgung betrafen. Ende des Jahres 1992 wurde das Thema Zusatzversorgung in einem Spitzengespräch offiziell aufgegriffen und das Ergebnis - ohne dass es einen Widerspruch von der Arbeitgeberseite gab - von der Gewerkschaftsseite öffentlich als Verhandlungszusage ausgelegt. Ab dem Jahr 1993 fanden entsprechende Verhandlungen statt (*Kiefer ZTR 1996, 97, 98*).

36

Damit war eine entsprechende tarifliche Regelung über die Einführung der VBL-Versorgung (§ 46 BAT-O) für dem BAT-O unterfallende Arbeitnehmer bei Abschluss des Dienstvertrags nicht völlig unerwartet. Der Beklagte hat zwar,

37

nachdem erstmals durch den Tarifvertrag vom 1. Februar 1996 zur Einführung der Zusatzversorgung im Tarifgebiet Ost (*künftig: TV-EZVO*) auch im Tarifgebiet Ost die VBL-Versorgung ab 1. Januar 1997 eingeführt wurde, den Kläger an diesem System nicht teilhaben lassen. Dies beruht jedoch darauf, dass der Kläger die erforderliche Wartezeit von 60 Monaten ab der Einführung bis zur Vollendung seines 65. Lebensjahres und damit dem Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalls nach § 33 der VBL-Satzung, der auf den Zeitpunkt des Anspruchs auf gesetzliche Rente wegen Alters als Vollrente abstellt, nicht mehr erfüllen konnte. Dies führte allerdings nicht zur Ergänzungsbedürftigkeit des Dienstvertrags. Für die Zusatzversorgung des Klägers ist der TV-EZVO maßgeblich. Der Kläger wird so behandelt wie jeder Arbeitnehmer des Beklagten, der bei der Einführung der VBL-Versorgung die Wartezeit nicht mehr erfüllen konnte.

c) Die so verstandene vertragliche Vereinbarung der Parteien ist mit Verfassungsrecht und Unionsrecht vereinbar. 38

aa) Obwohl der Kläger entsprechend den dienstvertraglichen Vereinbarungen die Tätigkeit eines beamteten Professors ausgeübt hat, ist das Beamtenversorgungsrecht weder unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten noch sonst Beurteilungsmaßstab dafür, was ihm als Versorgung zusteht. 39

Nach Art. 33 Abs. 5 GG ist das Recht des öffentlichen Dienstes unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln. Die Verfassung hebt daher diese Grundsätze gegenüber anderen Rechtsbereichen wie dem Arbeitsrecht hervor. Zudem ist nach Art. 33 Abs. 4 GG die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel, aber auch nur in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Damit ist von Verfassungs wegen die Möglichkeit eröffnet, dass der Staat die Ausübung hoheitlicher Befugnisse nicht nur Beamten, sondern auch Arbeitnehmern überträgt. Er muss sich bei der Gestaltung der Rechtsstellung der bei ihm Tätigen auch dann, wenn hoheitliche Tätigkeiten wahrgenommen werden, demnach nicht zwingend der Regelungsformen des 40

öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses, insbesondere des Beamtenverhältnisses, bedienen. Diese von Verfassungs wegen vorgesehenen Möglichkeiten schließen es aus, solche Regeln des Beamtenrechts, die sich aus den Strukturprinzipien gerade des Beamtenrechts ergeben, als Prüfungsmaßstab für die Arbeitsbedingungen der im öffentlichen Dienst tätigen Arbeitnehmer - selbst wenn sie Beamtentätigkeiten ausüben - heranzuziehen (*BAG 15. November 2011 - 3 AZR 869/09 - Rn. 52, AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 65*).

Soweit es um Gleichbehandlung geht, folgt dies auch daraus, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht gebietet, Gruppen in unterschiedlichen Ordnungs- und Regelungsbereichen einheitlich zu behandeln. Er zwingt deshalb nicht zur Gleichbehandlung von beamteten und nicht beamteten im öffentlichen Dienst tätigen Personen (*vgl. BAG 16. März 2010 - 3 AZR 356/08 - Rn. 22 ff., AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 63 = EzA BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 36; gegen die Übertragbarkeit von Differenzierungen, die nur im Beamtenrecht zulässig sind, auf das Recht der Angestellten im öffentlichen Dienst: BAG 15. September 2009 - 3 AZR 294/09 - Rn. 48 f., AP GG Art. 3 Nr. 317 = EzA AGG § 2 Nr. 5*).

41

Es gehört zu den grundsätzlichen Unterschieden zwischen dem Beamten- und dem Arbeitsrecht, dass sich die Absicherung von Beamten im Alter nach dem Status des letzten Amtes zu richten hat und vom Dienstherrn zu leisten ist (*zur Herleitung dieser Grundsätze aus dem Kernbestand der Strukturprinzipien, welche die Institution des Berufsbeamtentums tragen: BVerfG 27. Juli 2010 - 2 BvR 616/09 - Rn. 7 f., ZTR 2010, 552*), während die Altersversorgung von Arbeitnehmern im Grundsatz durch die gesetzliche Sozialversicherung als Basis und die lediglich staatlich geförderte Möglichkeit der betrieblichen Altersversorgung und der Eigenvorsorge geprägt ist, wie sich aus der dem Altersvermögensgesetz zugrunde liegenden Konzeption ergibt (*Gesetz vom 26. Juni 2001, BGBl. I S. 1310; vgl. BT-Drucks. 14/4595 S. 1*). Entgegen der Ansicht des Klägers ist der Unterschied zwischen Beamten und Arbeitnehmern deshalb nicht lediglich ein formaler, sondern aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben ein materieller. Dieser Unterschied wird auch durch die Recht-

42

sprechung des EuGH (1. März 2012 - C-393/10 - [O'Brien] NZA 2012, 313) nicht in Frage gestellt. Diese Entscheidung betrifft die unterschiedliche Behandlung von Beschäftigten in Teilzeit gegenüber Beschäftigten in Vollzeit und befasst sich mit der Frage, ob es die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit im Anhang der Richtlinie 97/81/EG in der durch die Richtlinie 98/23/EG geänderten Fassung zulässt, dass nationales Recht Teilzeitkräfte, die auf der Basis von Tagesgebühren beschäftigt werden, vom Zugang zur Altersversorgung ausnehmen darf. Für die unterschiedliche Behandlung von Beamten und Angestellten ist die Auslegung der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit nicht von Bedeutung. Im Übrigen werden im Angestelltenverhältnis beschäftigte Professoren wie der Kläger nach deutschem Recht nicht vom Zugang zur Altersversorgung ausgeschlossen. Sie erhalten von der gesetzlichen Rentenversicherung eine Altersversorgung, wenn auch nach anderen gesetzlichen Regelungen als Beamte.

- bb) Auch unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Altersdiskriminierung kann der Kläger nichts Weitergehendes herleiten. 43
- (1) Das Verbot der Altersdiskriminierung ist auf das Rechtsverhältnis der Parteien anwendbar. Dies ergibt sich jedoch nicht aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), sondern aus Unionsrecht. 44
- (a) Der Kläger unterfällt nicht dem zeitlichen Anwendungsbereich des AGG. Er ist am 31. Januar 2001 aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten ausgeschieden. Seitdem besteht zwischen den Parteien kein Rechtsverhältnis mehr. Der Beklagte hat nicht nach § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG für eine VBL-Rente einzustehen, weil der Kläger eine solche nicht erhält. Seit der Einführung der VBL-Versorgung in den neuen Ländern zum 1. Januar 1997 bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres im Januar 1999 hat der Kläger die 60monatige Wartezeit nicht erfüllt, die von § 34 der VBL-Satzung für den Bezug von Versorgungsleistungen vorausgesetzt wird. Der Kläger macht im vorliegenden Verfahren nicht geltend, dass die Regelung zur Wartezeit altersdiskriminierend und deshalb unwirksam sei. Daher besteht zwischen den Parteien seit dem Ende des Dienstverhältnisses Ende Januar 2001 und damit unter Geltung des erst 45

am 18. August 2006 in Kraft getretenen AGG kein Rechtsverhältnis. Somit sind § 1 und § 7 Abs. 1 AGG, die die Benachteiligung wegen des Alters verbieten, nicht anwendbar (vgl. BAG 15. September 2009 - 3 AZR 294/09 - Rn. 37, AP GG Art. 3 Nr. 317 = EzA AGG § 2 Nr. 5).

(b) Das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters gilt vorliegend allerdings kraft des Rechts der Europäischen Union. 46

Das Verbot ergibt sich aus Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. EG L 303 vom 2. Dezember 2000 S. 16, im Folgenden: RL 2000/78/EG). Diese Richtlinie eröffnet zugleich den Anwendungsbereich des Unionsrechts nach Art. 51 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: GR-Charta), seit mit dem 2. Dezember 2006 die Umsetzungsfrist hinsichtlich des Merkmals Alter abgelaufen ist (Art. 18 Abs. 1 RL 2000/78/EG; vgl. EuGH 19. Januar 2010 - C-555/07 - [Kücükdeveci] Rn. 9, 24 ff., Slg. 2010, I-365). Jedenfalls ist das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters - wie es nunmehr in Art. 21 Abs. 1 GR-Charta niedergelegt ist - anzuwenden. Dieses wird inhaltlich durch die RL 2000/78/EG konkretisiert (vgl. EuGH 8. September 2011 - C-297/10 ua. - [Hennigs und Mai] Rn. 47, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 22 = EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 2000/78 Nr. 21). 47

(2) Eine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters durch Vorenthaltung einer beamtengleichen Versorgung im Arbeitsverhältnis liegt jedoch nicht vor. 48

Zwar wurde der Kläger ausschließlich wegen seines Alters nicht zum Beamten ernannt, da er am 3. Oktober 1990 bereits das 55. Lebensjahr vollendet hatte. Er war zu diesem Zeitpunkt 56 Jahre alt. Ihm kommt deshalb keine Beamtenversorgung zugute. Dem Kläger wurde durch die Nichtübernahme in das Beamtenverhältnis aber nicht eine beamtengleiche Versorgung im Arbeitsverhältnis versagt, sondern eine Versorgung aus dem Beamtenverhältnis. Die Ungleichbehandlung liegt also nicht in der Vorenthaltung einer der Beamtenver- 49

sorgung vergleichbaren Angestelltenversorgung, sondern in der Versagung der Übernahme in das Beamtenverhältnis und im damit verbundenen Ausschluss von der unmittelbaren Beamtenversorgung. Ob diese Ungleichbehandlung rechtlich angreifbar ist oder nicht, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (*vgl. BAG 15. November 2011 - 3 AZR 869/09 - Rn. 64, AP BetrAVG § 1 Gleichbehandlung Nr. 65*).

2. Da der Kläger keinen Anspruch auf eine beamtenmäßige Versorgung hat, sind auch die beiden in der Revision neu gestellten Hilfsanträge, die darauf gerichtet sind, dass der Kläger von der Beklagten eine Beamtenversorgung in Höhe eines Drittels bzw. eines Viertels der Versorgungsbezüge eines beamteten Professors erhält, unbegründet. 50

3. Der Kläger hat auch keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Gewährung einer Zusatzversorgung, die er von der VBL erhielte, wenn er im Zeitraum vom 12. Oktober 1990 bis zum 31. Januar 2001 bei der VBL versichert worden wäre. 51

a) Aufgrund des Dienstvertrags hat der Kläger lediglich einen Anspruch auf VBL-Versorgung seit deren Einführung auch im Tarifgebiet Ost. Nach § 34 Abs. 1 Satz 1 VBL-Satzung werden Betriebsrenten erst nach Erfüllung einer Wartezeit von 60 Kalendermonaten gewährt. Da der Kläger diese Wartezeit nicht erfüllt, steht ihm aus § 46 BAT-O iVm. dem TV-EZVO iVm. der Satzung der VBL kein Anspruch auf Versorgung zu. 52

b) Durch diese vertragliche Regelung und die Bezugnahme auf die tariflichen Bestimmungen über die VBL-Versorgung und deren Ausschluss wird der Kläger nicht gleichheitswidrig benachteiligt. 53

aa) Das folgt nicht bereits daraus, dass eine tarifliche Regelung in Bezug genommen wurde. Auch die Tarifvertragsparteien sind - zumindest aus der Schutzfunktion der Grundrechte - an den allgemeinen Gleichheitssatz (*Art. 3 Abs. 1 GG*) gebunden (*vgl. BAG 27. Mai 2004 - 6 AZR 129/03 - zu B II, III der* 54

*Gründe, BAGE 111, 8; 12. Dezember 2006 - 3 AZR 716/05 - Rn. 24, AP BetrAVG § 1 Berechnung Nr. 32 = EzA BetrAVG § 1 Nr. 88).*

bb) Eine unzulässige Benachteiligung gegenüber Beschäftigten des öffentlichen Dienstes im Tarifgebiet West liegt nicht vor. 55

Zwar gehören zum Tarifgebiet West nicht nur in den alten Bundesländern und in dem Westteil Berlins tätige Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes. Die Zugehörigkeit zum Tarifgebiet West oder zum Tarifgebiet Ost richtet sich nämlich danach, ob das Arbeitsverhältnis in den neuen Ländern oder im östlichen Teil Berlins begründet wurde oder nicht (*vgl. nur BAG 9. Dezember 1999 - 6 AZR 340/98 - zu 1 b der Gründe mwN*). Demnach nahmen auch für den Beklagten tätige Arbeitnehmer, die dem Tarifgebiet West zuzuordnen waren, bereits vor dem 1. Januar 1997 an der VBL-Versorgung teil. Die tarifliche Unterscheidung war jedoch aufgrund der unterschiedlichen wirtschaftlichen Verhältnisse in den alten und neuen Bundesländern und in dem West- und Ostteil Berlins geeignet, die unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen (*vgl. BVerfG 9. August 2000 - 1 BvR 514/00 - zu II 2 der Gründe, AP BAT-O § 1 Nr. 16 = EzA GG Art. 3 Nr. 91*). 56

Tariflich ergab sich jedoch ab dem 1. Januar 1997 insoweit eine Ungleichbehandlung, als der Kläger als angestellter Hochschullehrer nicht dem persönlichen Geltungsbereich des BAT-O unterfiel. Damit ist auch eine unterschiedliche Behandlung nach dem Versorgungs-TV verbunden. Denn seit dessen Änderung durch den TV-EZVO erfasst er nach seinem § 1 Abs. 1 Buchst. a einerseits die Arbeitnehmer, die dem Geltungsbereich des BAT unterfallen und nach seinem § 1 Abs. 1 Buchst. b andererseits die Arbeitnehmer, die unter den BAT-O fallen. Der Kläger war wegen seiner Herausnahme aus dem Geltungsbereich des BAT-O deshalb von der VBL-Versorgung tariflich ausgeschlossen. Demgegenüber sah § 3 Buchst. g des BAT - anders als nunmehr § 1 Abs. 3 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) - zwar Ausnahmen vom Geltungsbereich für Hochschulpersonal vor, nicht jedoch für Hochschullehrer. Angestellte Hochschullehrer im Tarifbereich West waren deshalb anders als angestellte Hochschullehrer im Tarifbereich Ost 57

nicht von der VBL-Versorgung ausgenommen. Ob dies gleichheitswidrig war, kann jedoch dahinstehen. Für den Kläger galt ab dem 1. Januar 1997 aufgrund der Regelung im Dienstvertrag grundsätzlich über § 46 BAT-O der Versorgungs-TV. Der Kläger hat aus der VBL-Versorgung lediglich deshalb keine Ansprüche erworben, weil er die nach der VBL-Satzung notwendige Wartezeit nicht erfüllen konnte.

cc) Der Kläger wird durch die Vorenthaltung der VBL-Versorgung nicht unzulässigerweise diskriminiert. 58

(1) Ein Verstoß gegen das AGG liegt nicht vor, da dieses auf das Rechtsverhältnis der Parteien keine Anwendung findet. 59

(2) Aus Unionsrecht folgt nichts Weitergehendes. 60

Anzuwenden ist der in Art. 21 Abs. 1 GR-Charta niedergelegte primärrechtliche Grundsatz des Verbots der Diskriminierung wegen des Alters, der durch die RL 2000/78/EG konkretisiert wird. Damit gilt auch Art. 6 Abs. 2 der RL 2000/78/EG. Dieser lässt ohne Rückbezug auf Angemessenheits- oder sonstige Kriterien nach seinem eindeutigen Wortlaut zu, dass bei betrieblichen Systemen der sozialen Sicherung Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft festgelegt werden können. 61

Es ist deshalb zum einen unionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass durch die stichtagsbezogene Regelung der Einführung der VBL-Versorgung auch im Tarifgebiet Ost zum Stichtag bereits ältere Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes des Tarifgebiets Ost erst mit einem höheren Lebensalter Zugang zur VBL-Versorgung erhielten als zu diesem Stichtag dort tätige jüngere Arbeitnehmer. Zum anderen ist der Ausschluss derjenigen Arbeitnehmer von der VBL-Versorgung, die die Wartezeit von 60 Monaten nicht mehr erfüllen können, mit den Vorgaben des Unionsrechts vereinbar. 62

Der Rechtsstreit ist entgegen der Auffassung der Revision nicht zur Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens auszusetzen, um den 63

Gerichtshof der Europäischen Union um Vorabentscheidung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV zu ersuchen. Die vom Kläger formulierte Vorlagefrage,

„ob wegen Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG, der ohne Rückbezug auf Angemessenheits- oder sonstige Kriterien zulässt, dass bei betrieblichen Systemen der sozialen Sicherung Altersgrenzen als Voraussetzungen für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente festgelegt werden können, solange dies nicht zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts führt, die Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung von Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG in nationales Recht nicht verpflichtet sind die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie einzuhalten, auch wenn im nationalen Recht nicht, wie von Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG vorausgesetzt, ausgeschlossen wird, dass Altersgrenzen zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts führen?“,

stellt sich im vorliegenden Rechtsstreit nicht entscheidungserheblich, denn auf das zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG geschaffene AGG kommt es mangels Eröffnung seines zeitlichen Geltungsbereichs nicht an. Im Übrigen hat der Kläger im Rechtsstreit auch keine Diskriminierung wegen des Geschlechts geltend gemacht; eine solche ist auch nicht ersichtlich.

64

dd) Eine unzulässige Benachteiligung des Klägers liegt auch nicht im Verhältnis zu beamteten Professoren vor.

65

Der Kläger rügt insoweit, eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung bestehe darin, dass sich bei einem verbeamteten Professor die Dienstbezüge im aktiven Dienst in voller Höhe auf die Ruhestandsbezüge auswirken, während sich bei ihm als angestelltem Professor die Vergütung nur bis zur Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung rentensteigernd auswirke. Dieser Nachteil müsse dadurch ausgeglichen werden, dass ihm für die Dauer seiner Beschäftigung eine Zusatzversorgung gewährt werde, die er erhielte, wenn er in dieser Zeit bei der VBL versichert gewesen wäre.

66

Auch bei diesem Vergleich übersieht der Kläger die Unterschiede in der Versorgung nach dem Beamtenrecht einerseits und dem Sozialversicherungsrecht andererseits. Die Berücksichtigung der zuletzt erhaltenen Bezüge für die

67

Ruhestandsbezüge des Beamten ist Ausfluss des ausschließlich für Beamte in Art. 33 Abs. 5 GG verankerten Alimentationsprinzips, während sich die Altersversorgung von Angestellten nach den Prinzipien des Sozialversicherungsrechts einschließlich dessen Beitragsbemessungsgrenze richtet.

4. Dem Kläger stehen auch keine Schadensersatzansprüche zu. Der Beklagte war nicht verpflichtet, den Kläger auf die Gesetzeslage hinsichtlich der Überleitung seiner Ansprüche aus dem in der ehemaligen DDR bestehenden Zusatzversorgungssystem der Intelligenz in die gesetzliche Sozialversicherung hinzuweisen. 68

a) Jedem Arbeitsverhältnis wohnt die Nebenpflicht des Arbeitgebers inne, die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Interessen und Belange beider Vertragspartner nach Treu und Glauben verlangt werden kann. Die Schutz- und Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers gilt auch für die Vermögensinteressen der Arbeitnehmer. Daraus können sich Hinweis- und Informationspflichten des Arbeitgebers ergeben. Zur Vermeidung von Rechtsnachteilen kann der Arbeitgeber verpflichtet sein, solche Hinweise von sich aus zu erteilen. Grundsätzlich hat zwar jeder Vertragspartner für die Wahrnehmung seiner Interessen selbst zu sorgen und sich Klarheit über die Folgen der vorgesehenen Vereinbarungen zu verschaffen. Der jeder Partei zuzubilligende Eigennutz findet jedoch seine Grenze am schutzwürdigen Lebensbereich des Vertragspartners. Dabei beruhen Hinweis- und Aufklärungspflichten auf den besonderen Umständen des Einzelfalles und sind das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung. Gesteigerte Informationspflichten können den Arbeitgeber vor allem dann treffen, wenn eine für den Arbeitnehmer nachteilige Vereinbarung auf seine Initiative hin und in seinem Interesse zustande kommt. Auch sonst kann eine Informationspflicht bestehen. Dabei sind die erkennbaren Informationsbedürfnisse des Arbeitnehmers einerseits und die Beratungsmöglichkeiten des Arbeitgebers andererseits stets zu beachten. Wie groß das Informationsbedürfnis des Arbeitnehmers ist, hängt insbesondere von der Schwierigkeit der Rechtsmaterie sowie dem Ausmaß der drohenden Nachteile 69

und deren Voraussehbarkeit ab. Der Arbeitgeber darf allerdings weder durch das Bestehen noch durch den Inhalt der arbeitsvertraglichen Informationspflicht überfordert werden (*BAG 14. Januar 2009 - 3 AZR 71/07 - Rn. 26 ff., AP BetrAVG § 1 Auskunft Nr. 7*).

b) Nach diesen Grundsätzen traf den Beklagten zum Zeitpunkt des Abschlusses des Dienstvertrags keine Informationspflicht über die sozialversicherungsrechtliche Lage hinsichtlich der Behandlung von Anwartschaften des Klägers aus der Zusatzversorgung der Intelligenz. 70

aa) In der ehemaligen DDR bestanden neben der Rentenversicherung auch eine Vielzahl von Zusatzversorgungssystemen, in die nur bestimmte Personengruppen einbezogen waren. Ziel war es, den Berechtigten - abweichend von der allgemeinen Rechtslage - einen den Lebensstandard sichernden Anteil ihres letzten Erwerbseinkommens zu erhalten (*BVerfG 28. April 1999 - 1 BvL 32/95 ua. - zu A I 1 der Gründe, BVerfGE 100, 1*). Eine dieser Zusatzversorgungseinrichtungen war auch die Altersversorgung der Intelligenz an wissenschaftlichen, künstlerischen, pädagogischen und medizinischen Einrichtungen, die mit Wirkung vom 12. Juli 1951 eingeführt worden war. Dieser Zusatzversorgung gehörte auch der Kläger an. 71

Bereits Art. 20 des Vertrags über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. Mai 1990 (*BGBI. II S. 537*) sah eine Überführung dieser Zusatzversorgungssysteme in die gesetzliche Rentenversicherung vor. Der Einigungsvertrag vom 31. August 1990 legte die endgültige Frist zur Überführung der Ansprüche und Anwartschaften auf den 31. Dezember 1991 fest (*Anlage II Kap. VIII Sachgebiet H Abschn. III Nr. 9 Buchst. b Satz 1*). Die Überführung erfolgte durch das AAÜG. § 4 dieses Gesetzes regelt die Überführung laufender Leistungen in die gesetzliche Rentenversicherung. Das betraf die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes am 1. August 1991 (*Art. 42 Abs. 8 des Rentenüberleitungsgesetzes vom 25. Juli 1991, BGBI. I S. 1606*) bereits gezahlten Renten. Ähnliche Regelungen gelten nach § 4 Abs. 4 AAÜG für Rentner, die spätestens bis zum 31. Dezember 1993 72

eine Rente nach dem SGB VI bezogen. Mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung und Ergänzung des AAÜG vom 27. Juli 2001 (*BGBI. I S. 1939, Art. 1 Nr. 1 Buchst. a, in Kraft getreten nach seinem Art. 13 am 1. Mai 1999*) wurde § 4 Abs. 4 AAÜG dahin ergänzt, dass auch Rentenempfänger mit Rentenbeginn nach dem SGB VI bis zum 30. Juni 1995 in den Genuss dieser Regelung kamen. Demgegenüber gelten für die Überführung von Versorgungsanwartschaften nach § 4 Abs. 5 iVm. § 5 ff. AAÜG abweichende, schlechtere Regelungen. Zeiten im Zusatzversorgungssystem werden als Pflichtbeitragszeiten behandelt (§ 5). Für das danach zu berücksichtigende Entgelt gelten jedoch besondere Höchstgrenzen (§ 6 iVm. Anlage 3 AAÜG).

Die vom Gesetzgeber vorgenommene Systementscheidung zur Überführung der Zusatzversorgungssysteme in die gesetzliche Rentenversicherung hat das Bundesverfassungsgericht gebilligt (*28. April 1999 - 1 BvL 32/95 ua. - BVerfGE 100, 1*). Der Bundesgerichtshof hat es nicht beanstandet, dass Zeiten in einem Zusatzversorgungssystem nicht zur Erhöhung von Ansprüchen in der VBL-Versorgung führen (*vgl. 11. Februar 2004 - IV ZR 52/02 - zu 2 b der Gründe, EzBAT BAT § 46 Nr. 55*).

73

bb) Daraus ergab sich für den Kläger insofern eine Schlechterstellung, als er nicht mehr zu den Personen gehörte, die bis spätestens 30. Juni 1995 eine Rente nach dem SGB VI in Anspruch genommen haben. Er fiel damit nur noch unter die schlechteren Bestimmungen über die Überführung von Versorgungsanwartschaften, nicht mehr unter die günstigeren Bestimmungen für Rentner.

74

cc) Darüber musste der Beklagte ihn aber bei Abschluss des Dienstvertrags nicht aufklären.

75

Die sozialversicherungsrechtlichen Nachteile haben nichts mit dem Abschluss des Dienstvertrags vom 26. Januar 1993/1. Februar 1993 zu tun. Mit diesem Dienstvertrag waren in der Sozialversicherung auch keine Rentennach-

76

teile verbunden. Eine Inanspruchnahme einer Rente nach dem SGB VI war dem Kläger weder zum ursprünglich für die Übergangszeit vorgesehenen Datum 31. Dezember 1993, als der Kläger 59 Jahre alt war, noch zu dem später geltenden Datum 30. Juni 1995 möglich, als er 61 Jahre alt war. Die gesetzlichen Voraussetzungen nach dem SGB VI für die Inanspruchnahme einer Altersrente lagen nicht vor. Durch den Abschluss des Dienstvertrags ist der Kläger daher nicht von der Inanspruchnahme günstigerer Regelungen in der Sozialversicherung abgehalten worden.

Ferner haben die sozialversicherungsrechtlichen Regelungen nur einen mittelbaren Bezug zum Arbeitsverhältnis des Klägers. Durch die vom Bundesverfassungsgericht nicht beanstandete Überführung der im Zusatzversorgungssystem erworbenen Anwartschaften in die gesetzliche Rentenversicherung wurden sie in ein System übergeleitet, das allen Arbeitnehmern, nicht nur solchen des öffentlichen Dienstes, zur Verfügung stand und steht, und damit vom konkreten Arbeitsverhältnis des Klägers zum Beklagten losgelöst. Zudem hatte der Kläger Auskunftsansprüche gegenüber der gesetzlichen Rentenversicherung. Nach § 14 SGB I haben die Sozialversicherungsträger eine Pflicht zur Beratung.

77

Schließlich ist nicht ersichtlich, warum dem Beklagten ein Aufklärungsbedürfnis des Klägers hätte erkennbar sein sollen. Der Kläger als Hochschullehrer gehört nicht zu dem Personenkreis, von dem von vornherein angenommen werden kann, dass er sich nicht um Informationen in eigenen Angelegenheiten bemüht. Soweit der Kläger den Systemumbruch anführt, spricht das nicht für, sondern gegen eine Aufklärungspflicht des Beklagten. Gerade der Systemumbruch gab Anlass dazu, die gesetzlichen Änderungen zu verfolgen. Der Beklagte konnte nicht annehmen, dass der Kläger auf allgemeine Informationen über die sozialversicherungsrechtliche Lage angewiesen war.

78

III. Der Kläger hat die Kosten der erfolglosen Revision gemäß § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen. 79

Gräfl

Schlewing

Spinner

S. Hopfner

H. Frehse