

Betriebs Berater



36 | 2016

Recht | Wirtschaft | Steuern

5.9.2016 | 71. Jg.
Seiten 2113–2176

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Tido Park, RA/FAStrafR/FAStR

Whistleblower: Hinweisgebersystem der BaFin

WIRTSCHAFTSRECHT

Sebastian Schnitzler, LL.M., RA

Wettbewerbsrechtliche Compliance – vergaberechtliche Selbstreinigung als Gegenmaßnahme zum Kartellverstoß | 2115

STEUERRECHT

Prof. Dr. Dietmar Wellisch und **Tobias Kutzner**, M.Sc.

Die Erdienbarkeit von Pensionszusagen an Gesellschafter-Geschäftsführer – Grundlagen und praktische Auswirkungen | 2135

Christiane Dürr

Die Anzeigepflicht nach § 138 Abs. 2 AO bei Auslandsbeteiligungen | 2140

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Annette G. Köhler und **Prof. Dr. Nicole V. S. Ratzinger-Sakel**

Aktuelle Entwicklungen auf dem WP-Markt in Deutschland: Umsätze und Mandate der WP-Praxen nach Transparenzberichten | 2155

Dr. Marco Meyer, WP/StB

2015 Agenda Consultation – zum Stand der Diskussion | 2158

ARBEITSRECHT

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.

Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung im Beschäftigungsverhältnis: Mehr Mut zur Rechtssicherheit! | 2165

Theodor B. Cisch, RA, und **Philipp A. Lämpe**, RA

Sicherung gerichtlicher Betriebsrentenanpassungsentscheidungen und der Einstandspflicht des Arbeitgebers durch den PSV? | 2167

Theodor B. Cisch, RA, und Philipp A. Lampe, RA

Sicherung gerichtlicher Betriebsrentenanpassungsentscheidungen und der Einstandspflicht des Arbeitgebers durch den PSV?

Anmerkung zu LAG Köln, Urteil vom 2.10.2015 – 10 Sa 4/15, Rev. eingelegt BAG 3 AZR 142/16

In seiner Entscheidung hat das Gericht den Pensions-Sicherungs-Verein VVaG (PSV) über die unstreitig von ihm zu sichernde Altersversorgung hinaus zu zusätzlichen Zahlungen sowohl hinsichtlich der monatlichen Firmenrente als auch des Weihnachtsgeldes für Pensionäre verurteilt. Im Ergebnis ist das Gericht der Auffassung, dass der Beklagte sowohl für die innerhalb von zwei Jahren vor der Insolvenz des Arbeitgebers durch rechtskräftiges Urteil erfolgte Anpassung der Betriebsrente für frühere – außerhalb der zwei Jahre liegenden – Anpassungstermine als auch hinsichtlich der Einstandspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG wegen herabgesetzter Pensionskassenleistungen zur Insolvenzversicherung verpflichtet ist.

I. Rechtskräftige Betriebsrentenanpassung innerhalb der zweijährigen Ausschlussfrist nach § 7 Abs. 5 S. 3 BetrAVG

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) wird zu entscheiden haben, ob § 7 Abs. 5 S. 3 BetrAVG die gesetzliche Insolvenzversicherung auch bei rechtskräftigen arbeitsgerichtlichen Anpassungsurteilen ausschließt. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht auf der Grundlage eines heute überholten Wortlauts des Gesetzes entschieden, dass innerhalb der Zweijahresfrist gefällte Anpassungsurteile die Insolvenzversicherung jedenfalls dann nicht ausschließen, wenn die zugrunde liegenden Anpassungstichtage außerhalb der Zweijahresfrist liegen, da dies keine „vereinbarte Verbesserung“ im Sinne des § 7 Abs. 5 S. 3 BetrAVG 1999 ist.¹ Die der Entscheidung zu Grunde liegende Gesetzesfassung lautete aber abweichend von der heutigen Fassung:

„Verbesserungen der Versorgungszusagen werden bei der Bemessung der Leistungen des Trägers der Insolvenzversicherung nicht berücksichtigt, soweit sie in den beiden letzten Jahren vor dem Eintritt des Sicherungsfalls vereinbart worden sind.“

(Hervorhebung durch den/die Verfasser)

Nach heutigem Recht besteht bei Zusagen und Verbesserungen von Zusagen, die in den beiden letzten Jahren vor dem Eintritt des Sicherungsfalls erfolgt sind, ein Anspruch auf Insolvenzversicherungsleistungen nur für Entgeltumwandlungszusagen und für im Rahmen von Übertragungen gegebenen Zusagen in einem gesetzlich definierten Umfang. Die Vorschrift lautet derzeit:

„Ein Anspruch auf Leistungen gegen den Träger der Insolvenzversicherung besteht bei Zusagen und Verbesserungen von Zusagen *nur*

1. für ab dem 1. Januar 2002 gegebene Zusagen, soweit bei Entgeltumwandlung Beträge von bis zu 4 vom Hundert der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung für eine betriebliche Altersversorgung verwendet werden oder

2. für im Rahmen von Übertragungen gegebene Zusagen, soweit der Übertragungswert die Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung nicht übersteigt.“

(Hervorhebung durch den/die Verfasser)

Für eine an entscheidender Stelle vergleichbare Gesetzesfassung hatte das Bundesarbeitsgericht bereits auf der Grundlage des zuvor geltenden Gesetzes entschieden:

„1. Rentenerhöhung nach § 16 im letzten Jahr vor Eintritt des Insolvenzfalles nehmen am Versicherungsschutz nicht teil“².

Dieser Entscheidung lag folgender Gesetzeswortlaut zu Grunde:

„Verbesserungen der Versorgungszusagen werden bei der Bemessung der Leistungen des Trägers der Insolvenzversicherung nicht berücksichtigt, soweit sie in dem letzten Jahr vor dem Eintritt des Sicherungsfalls größer gewesen sind als in dem diesem Jahr vorangegangenen Jahr.“

Diese Entscheidung des BAG vom 26.4.1994 erkennt in § 7 Abs. 5 S. 3 BetrAVG zutreffend

„einen zeitlich begrenzten ‚objektiven‘ Ausschlussbestand“³,

bei dem die zeitliche Nähe zum Sicherungsfall genügt.⁴ Die der seinerzeitigen Entscheidung zugrunde gelegten Grundsätze haben auch heute noch Geltung. Der Zweck, einen Missbrauch der Insolvenzversicherung zu verhindern, muss danach auch dann Beachtung finden, wenn eine für die Versorgungsempfänger günstige Anpassungsentscheidung getroffen wird, da die Verbesserung laufender Renten den Umfang der Haftung des Trägers der Insolvenzversicherung erweitert. Insoweit kann es nicht darauf ankommen, ob der Arbeitgeber, ohne dazu verpflichtet zu sein, die Leistungen erhöht oder nach Maßgabe des § 16 BetrAVG pflichtgemäß prüft und ermessensfehlerfrei entscheidet. In jedem Fall führt die Entscheidung des Arbeitgebers zu einer rechtsgeschäftlichen Verbesserung der Zusage, da das Gesetz ihn nur zur Prüfung und Entscheidung nach billigem Ermessen verpflichtet. Unter einer Verbesserung der Zusage ist daher jede Maßnahme des Arbeitgebers zu sehen, die den Versorgungsempfänger begünstigt. Dies kann auch dazu führen, dass eine Erhöhung der Rente aufgrund pflichtgemäßer Prüfung und Entscheidung des Arbeitgebers vom Insolvenzschutz ausgeschlossen ist. Typischerweise wird jedoch die wirtschaftliche Lage des Unternehmens regelmäßig vor Eintritt des Insolvenzfalls bereits so geschwächt sein, dass der Arbeitgeber zur Rentenanpassung nicht mehr verpflichtet ist. Davon geht das Gesetz aus. Daher erscheint es durchaus sachgerecht, sämtliche Verbesserungen im Vorfeld der Insolvenz vom Versicherungsschutz auszunehmen. Wegen

1 BAG, 18.3.2003 – 3 AZR 120/02, BB 2003, 2241.

2 Leitsatz der Entscheidung BAG, 26.4.1994 – 3 AZR 981/93, BB 1994, 1789.

3 Unter Berufung auf Otto, EWIR, 1989, 319.

4 BAG, 26.4.1994 – 3 AZR 981/93, BB 1994, 1789, Rn. 16 f.

der zeitlichen Nähe zum Insolvenzfall gewährt das Gesetz dem PSV eine Beweiserleichterung.⁵

Eine gerichtliche Entscheidung über die Anpassungspflicht ersetzt zwar die Entscheidung des Versorgungsschuldners, wirkt aber – anders als das LAG Köln in seinem Urteil vom 2.10.2015 annimmt – nicht gegen den Träger der Insolvenzversicherung, da der PSV nicht Rechtsnachfolger des Arbeitgebers ist und die gesetzliche Insolvenzversicherung auf einer grundverschiedenen Anspruchsgrundlage beruht.⁶ Insoweit hat das Bundesarbeitsgericht zwar entschieden, dass ein rechtskräftiges Urteil, nach dem der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber keine Leistung betriebliche Altersversorgung fordern kann, sich auf die Insolvenzversicherungspflicht nach § 7 BetrAVG auswirke, da in diesem Fall die Insolvenz nicht ursächlich für einen Ausfall von Versorgungsansprüchen sei.⁷ Dieses *Fehlen* einer akzessorisch wirkenden Sicherungsverpflichtung des PSV reicht aber nicht aus, die Rechtskrafterstreckung einer positiven Anpassungsentscheidung nach § 325 ZPO zu begründen. Grundsätzlich ist der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung das hierfür maßgebliche Datum.⁸

Der zeitlich begrenzte objektive Ausschlussstatbestand hat auch nach Verlängerung der ursprünglich einjährigen Frist auf zwei Jahre Geltung. Im Vorfeld einer Insolvenz besteht ein konkretes und berechtigtes Schutzbedürfnis des PSV, der regelmäßig bis zum Eintritt der Insolvenzvoraussetzungen an den zu Grunde liegenden betriebsrentenrechtlichen Rechtsbeziehungen nicht beteiligt ist. In der Vorinsolvenz ist der ordnungsgemäße Verlauf von Geschäftsvorfällen typischerweise nicht gewährleistet; dies gilt auch für den Verlauf gerichtlicher Verfahren, an deren Ende Gerichte, wie das Landesarbeitsgericht Köln zu Recht feststellt, zwar unabhängig und neutral, aber keineswegs immer in der Sache bei objektiver Betrachtung richtig entscheiden oder entscheiden können. Ihre Entscheidungen beruhen schließlich auf dem Vortrag der Parteien. Es bedarf zwar keiner Begründung, dieses Risiko den beteiligten Prozessparteien als Herren des Verfahrens anzulasten, wohl aber dem außenstehenden Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung, da dieser aufgrund einer Entscheidung des Gesetzgebers durch die zweijährige Ausschlussfrist geschützt wird.

Deshalb geht es nicht darum, ob ein rechtskonformes Verhalten des Arbeitgebers den Beklagten möglicherweise sicherungspflichtig gemacht hätte, sondern darum, ob der Träger der Insolvenzversicherung dem Risiko nicht regulärer Geschäftsverläufe und nicht erschöpfender Interessenwahrnehmung zulasten der Solidargemeinschaft ausgesetzt wird. Es gibt aus der forensischen Praxis genügend rechtlich und tatsächlich schwierige Fälle, in denen sich in der Vorinsolvenz ernsthaft Zweifel an der erschöpfenden Interessenwahrnehmung des beklagten Arbeitgebers ergeben, etwa bei Anpassungsstreitigkeiten hinsichtlich der Darlegung der wirtschaftlichen Lage – gegebenenfalls in Fällen der Nachholung über viele Anpassungstermine hinweg. In diesen Fällen besteht sogar die dringende Gefahr, dass der Arbeitgeber, solange die Insolvenz nicht unabwendbar ist, von der umfassenden Darlegung der wirtschaftlichen Lage aus geschäftspolitischen Erwägungen absieht, um die Sanierungsbemühungen nicht zu torpedieren. Dies vorausgeschickt besteht erst recht kein Grund, dem PSV im Falle rechtskräftiger Entscheidungen der hier beschriebenen Art über die Anpassung der Betriebsrenten nicht nur den Schutz des zeitlich begrenzten ‚objektiven‘ Ausschlussstatbestandes zu versagen, sondern ihm über die Rechtskrafterstreckung sogar die Möglichkeit zu nehmen, die Fehlerhaftigkeit der gerichtlichen Anpassungsentscheidung einzuwenden.

II. Einstandspflicht nach § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG

Neben der Anwendbarkeit von § 7 Abs. 5 S. 3 auf gerichtliche Anpassungsentscheidungen innerhalb von zwei Jahren vor dem Eintritt der Insolvenz, wird das Bundesarbeitsgericht zu entscheiden haben, ob der PSV für die Einstandsverpflichtung des Arbeitgebers bei Herabsetzung der Versicherungsleistung der Pensionskasse insolvenzversicherungspflichtig ist. Sinn und Zweck der §§ 7 ff. BetrAVG ist die Durchführung einer Insolvenzversicherung für diejenigen Betriebsrentenansprüche, für die keine Sicherung vor den Folgen der Insolvenz durch einen außenstehenden Dritten gegeben ist. Durchführungswege, denen eine Insolvenzversicherung immanent ist, sind von der Insolvenzversicherung des Betriebsrentengesetzes ausgenommen. Dies gilt grundsätzlich für die Pensionskasse und die Direktversicherung. Lediglich für den Sonderfall, dass der Arbeitgeber die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag abgetreten oder beliehen hat oder der Versorgungsanwärter nur widerruflich bezugsberechtigt ist, tritt die gesetzliche Insolvenzversicherung ausnahmsweise auch bei einer Direktversicherung ein, § 7 Abs. 1 und 2 BetrAVG, da sie in diesen Fällen die der Direktversicherung immanente Sicherung der Versorgung des Versorgungsberechtigten bei Insolvenz des Arbeitgebers nicht leisten kann.

Diese typisierende Betrachtung des Gesetzes stellt auf den vertraglich zugesagten Durchführungsweg Pensionskasse oder Direktversicherung ab, ein Vergleich über die Höhe der Insolvenzversicherung in den einzelnen Durchführungswegen findet nicht statt. Anspruchsgrundlage gegenüber dem Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung ist § 7 BetrAVG. Danach kommt eine gesetzliche Insolvenzversicherung – von den Sonderfällen bei der Direktversicherung abgesehen – nur bei unmittelbaren Versorgungszusagen des Arbeitgebers, Unterstützungskassen und Pensionsfonds in Betracht. Unmittelbare Versorgungszusagen des Arbeitgebers sind solche, bei denen die betriebliche Altersversorgung – der Zusage gemäß – unmittelbar über den Arbeitgeber erfolgen soll, § 1 Abs. 1 S. 2 BetrAVG. Gerade hieran fehlt es aber bei einer Zusage, die über eine Pensionskasse durchgeführt werden soll. Reduziert diese ihre Leistungen abweichend von der arbeitsrechtlichen Verpflichtung, so hat der Arbeitgeber für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen einzustehen, also grundsätzlich dem Versorgungsberechtigten die arbeitsvertraglich geschuldeten Leistungen der Pensionskasse zu verschaffen, § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG. Da es sich bei dem Verschaffungsanspruch um einen originären verschuldensunabhängigen Anspruch des Arbeitnehmers *auf Erfüllung* des ihm gegebenen Versorgungsversprechens handelt, haben Leistungsdefizite des externen Versorgungsträgers keine Auswirkungen auf diese Verpflichtung.⁹ Die Einstandspflicht ist in erster Linie darauf gerichtet, auch noch im Versorgungsfall die zugesagte Versorgung über den vereinbarten Durchführungsweg zu ermöglichen, etwa durch Einrichtung der entsprechenden Versicherung, Zahlung der Prämien oder Beiträge, Nachdotierung des externen Versorgungsträgers, um ihm die zur Erfüllung des Versorgungsversprechens erforderlichen Mittel zur Verfü-

5 BAG, 26.4.1994 – 3 AZR 981/93, BB 1994, 1789, Rn. 19 f., 24.

6 BAG, 26.4.1994 – 3 AZR 981/93, BB 1994, 1789, Rn. 28.

7 BAG, 23.3.1999 – 3 AZR 625/97, BB 1999, 1169, Leitsatz: Steht aufgrund eines rechtskräftigen Urteils fest, dass der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber keine Leistungen der betrieblichen Altersversorgung fordern kann, wirkt sich das Urteil auch auf die Einstandspflicht des Pensions-Sicherungs-Vereins nach § 7 BetrAVG aus. Die Insolvenz des Arbeitgebers führt zu keinem Ausfall von Versorgungsansprüchen. Es fehlt an der in § 7 Abs. 1 und 2 BetrAVG erforderlichen Ursächlichkeit.

8 BAG, 26.4.1994 – 3 AZR 981/93, BB 1994, 1789, Rn. 31.

9 Vgl. *Schlewung*, in *Schlewung u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung*, Teil 5G, Rn. 4; *Rolfs*, *BetrAV* 2012, 469, 472; *Andresen/Cisch*, in: *MünchArbR*, 2009, § 143, Rn. 4.

gung zu stellen.¹⁰ Nur wenn dem Arbeitgeber dies entweder rechtlich unmöglich oder unzumutbar ist, wird er gemäß § 275 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB von dieser Verpflichtung frei und hat eine entsprechende Leistung unmittelbar aus seinem eigenen Vermögen zu erbringen.¹¹ Daher führt die Einstandsverpflichtung im Versorgungsfall nicht dazu, dass sich das Versorgungsversprechen in eine unmittelbare Versorgungszusage umwandelt;¹² es verbleibt vielmehr bei dem einmal gewählten Durchführungsweg über den externen Versorgungsträger.¹³ Dies kann zwar zu Einbußen beim Versorgungsberechtigten führen, wenn der Arbeitgeber seiner Einstandsverpflichtung für den externen Versorgungsträger wegen Insolvenz nicht nachkommen kann. Dieser Umstand ändert aber nichts daran, dass das BetrAVG für diese Fälle keine Anspruchsgrundlage enthält. Weder kann sie § 7 BetrAVG entnommen werden, da diese Regelung den hier einschlägigen Durchführungsweg Pensionskasse überhaupt nicht erfasst, noch kann sie über die Einstandsverpflichtung nach § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG begründet werden, da diese den vertraglich geschuldeten Durchführungsweg unberührt lässt.¹⁴

Es ist daher nicht einzusehen, warum in diesen Fällen die zugesagten Leistungen sowohl aufgrund der dem Durchführungsweg Pensionskasse immanenten Insolvenzversicherung als auch durch den Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung erfolgen soll. Mehr noch: Es wäre im Hinblick auf die Einstandsverpflichtung des Arbeitgebers bei externen Durchführungswegen ferner nicht einzusehen, dass diese Verschaffungsverpflichtung dann durch den PSV gegen die Folgen der Insolvenz des Arbeitgebers gesichert ist, wenn sie nicht erfüllt wird, nicht jedoch, wenn sie erfüllt wird, obwohl sich aus den zwischen dem externen Durchführungsweg und der Sicherung durch den PSV Leistungsunterschiede in der Insolvenz ergeben. Konsequenterweise müsste, da die Verschaffungsverpflichtung des Arbeitgebers – begin-

nend mit der Versorgungszusage und endend mit der Erfüllung der Versorgungsschuld – während der gesamten Laufzeit des Versorgungsverhältnisses besteht, dem Versorgungsberechtigten das Beste aus beiden Welten zukommen. Darüber lässt sich im Hinblick auf ein noch zu erlassendes Gesetz zwar trefflich streiten. De lege lata fehlt es hierfür jedoch bis dahin an einer Anspruchsgrundlage.

Theodor B. Cisch, RA, ist seit Februar 2012 Gesellschafter-Geschäftsführer der Förster & Cisch Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH, Wiesbaden. Er beschäftigt sich umfassend mit dem Recht der betrieblichen Altersversorgung.



Philipp A. Lämpe ist Rechtsanwalt bei der auf betriebliche Altersversorgung und artverwandte Leistungen spezialisierten, bundesweit tätigen Förster & Cisch Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH in Wiesbaden. Er ist Mitglied der Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersversorgung e.V. (aba) und schwerpunktmäßig auf dem Gebiet der betrieblichen Altersversorgung tätig.



10 BAG, 12.6.2007 – 3 AZR 186/06, BB 2007, 2410, BetrAV 2008, 625.

11 Vgl. *Schlewing*, in *Schlewing u. a.*, *Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung*, Teil 5G, Rn. 4.

12 *Rolfs*, *BetrAV* 2012, 469, 472.

13 Vgl. *Schlewing*, in *Schlewing u. a.*, *Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung*, Teil 5G, Rn. 20.

14 Vgl. *Schlewing*, in *Schlewing u. a.*, *Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung*, Teil 5G, Rn. 20 ff.

BAG: Betriebsbedingte Kündigung – einheitlich geplanter Personalabbau in mehreren „Wellen“/Stufen

BAG, Urteil vom 17.3.2016 – 2 AZR 182/15

ECLI:DE:BAG:2016:170316.U.2AZR182.15.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2016-2100-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

ORIENTIERUNGSSÄTZE

1. Ein bloßer Personalabbau, von dem eine größere Anzahl von Arbeitnehmern entsprechend § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG betroffen ist, kann eine wesentliche Einschränkung des Betriebs iSv. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG sein. Beruht ein sukzessive durchgeführter Personalabbau auf einer einheitlichen unternehmerischen Planung, sind die Personalabbaumaßnahmen, auch wenn sie sich über einen längeren Zeitraum erstrecken, grundsätzlich zusammenzurechnen und gelten bei Erreichen des maßgeblichen Schwellenwerts als „eine“ Betriebsänderung iSv. § 111 Satz 1, § 112 BetrVG.

2. Für das Eingreifen der Rechtsfolgen des § 1 Abs. 5 KSchG reicht es nicht aus, dass lediglich über Teile des geplanten Stellenabbaus ein Interessenausgleich mit Namensliste zustande kommt. Arbeit-

geber und Betriebsrat müssen sich vielmehr über die gesamte geplante Betriebsänderung in einem Interessenausgleich verständigen.

3. Es widerspricht Sinn und Zweck des Beteiligungsverfahrens nach § 102 BetrVG, die Anhörung des Betriebsrats vor der abschließenden Willensbildung des Arbeitgebers, dh. zu einem Zeitpunkt einzuleiten, in dem seine Kündigungsüberlegungen noch unter dem Vorbehalt der weiteren Entwicklung stehen (sog. Vorratsanhörung). Das schließt es nicht aus, den Betriebsrat alternativ zu einer Beendigungs- oder Änderungskündigung anzuhören, wenn für beide Szenarien der Kündigungssachverhalt feststeht.

4. Der Wirksamkeit einer Anhörung nach § 102 BetrVG steht nicht entgegen, dass der Arbeitgeber die Erklärung der Kündigung von der Ablehnung eines dem Arbeitnehmer – nach feststehenden Modalitäten – unterbreiteten Angebots abhängig macht, in eine Transfergesellschaft zu wechseln.

KSchG § 1 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 und 4, Abs. 5; BetrVG § 102 Abs. 1, § 111 Satz 1, Satz 3 Nr. 1, § 112