

Betriebs Berater

16|2018

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **Compliance ... ErbSt ...** Recht ... Wirtschaft ... Steuern ...

16.4.2018 | 73. Jg.
Seiten 833–896

DIE ERSTE SEITE

Tino Duttiné, StB

Verschärfte Anzeigepflicht für Steuergestaltungen auf EU-Ebene –
Unternehmen und Beratern droht neue Haftungsfälle

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Mayeul Hiéramente, RA/FAStrafR, und **Dr. Max Schwerdtfeger**, RA

Das Unternehmen im Fokus der Vermögensabschöpfung im Wirtschaftsstrafrecht –
Risiken und Chancen der Gesetzesreform | 834

Dr. Markus Schackmann, RA, und **Christofer Rudolf Mellert**, RA

Kaufpreisbestimmung beim Unternehmenskauf – die Streitbeilegung bei
Closing Accounts als Minenfeld für Schiedsgutachter? | 840

STEUERRECHT

Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel, Vors. RiBFH

BB-Rechtsprechungsreport zur Besteuerung der Kapitaleinkünfte 2017 | 854

Prof. Dr. Wolfgang Blumers, RA

Vorwegabschlag und Abfindungsbeschränkung | 865

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Michael Deubert, WP/StB, und **Dr. Stefan Lewe**, WP/StB

Restrukturierungsrückstellungen im handelsrechtlichen Jahresabschluss:
Besonderheiten in Konzernstrukturen | 874

ARBEITSRECHT

Theodor B. Cisch, RA, **Christine Bleeck**, RAin, und **Dr. Michael Karst**, RA

BB-Rechtsprechungsreport zur betrieblichen Altersversorgung 2017/2018 | 883

Theodor B. Cisch, RA, Christine Bleeck, RAin, und Dr. Michael Karst, RA

BB-Rechtsprechungsreport zur betrieblichen Altersversorgung 2017/2018

Durch seine Rechtsprechung im aktuellen Berichtszeitraum (April 2017 bis März 2018) hat der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) das Rechtsgebiet der betrieblichen Altersversorgung weiterentwickelt. Ein deutlicher Schwerpunkt liegt dabei auf Fragen der Gleichbehandlung bzw. Diskriminierung (Ruhe der Altersrente bei gleichzeitigem Bezug von Hinterbliebenenversorgung, Mindestalter 17 für den Zugang zu betrieblicher Altersversorgung, Späthehenklausel, Stichtagsregelungen, Ausschluss anrechnungsfähiger Dienstzeiten ab Alter 60). Erstmals befasst hat sich das BAG mit der Unwirksamkeit einer Beschränkung von Hinterbliebenenversorgung auf den „jetzigen“ Ehegatten nach AGB-Recht. Seine Rechtsprechung zu Eingriffen in Versorgungsrechte durch Änderung externer Versorgungsbedingungen bei dynamischer Verweisung hat das BAG weitergeführt. Darüber hinaus hat das BAG seine Rechtsprechung zur Anpassung von Betriebsrenten nach § 16 Abs. 1 BetrAVG und zur gesetzlichen Insolvenzsicherung – auch vor dem Hintergrund des EU-Rechts – vertieft.

I. Mitarbeiterbeiträge zur Pensionskasse: Bestätigung der Rechtsprechung zur Umfassungsusage

Anlässlich eines Rechtsstreits zur Frage, ob eine durch Mitarbeiterbeiträge finanzierte Pensionskassenversorgung als betriebliche Altersversorgung einzuordnen ist und damit von der Pensionskasse nicht abgefunden werden durfte, hat das BAG seine Rechtsprechung zur Umfassungsusage bei Zusageerteilung vor dem 1.7.2002 bestätigt.¹ Zusätzlich zu einer ihm erteilten betrieblichen Direktusage war ein Mitarbeiter aufgrund Betriebsordnung verpflichtet, Mitglied einer Pensionskasse zu werden, die ihm ebenfalls Versorgungsleistungen zusagte. Während seines Arbeitsverhältnisses zahlte er Beiträge aus seinem versteuerten und verbeitragten Einkommen an die Pensionskasse, bis er mit gesetzlich unverfallbarer Anwartschaft aus dem Arbeitsverhältnis ausschied. Für diesen Fall sah die Pensionskassensatzung die Möglichkeit vor, dass auf Antrag des Mitglieds anstelle der Aufrechterhaltung des von ihm finanzierten Teils der beitragsfrei gestellten Anwartschaft eine „Austrittsvergütung“ in Höhe der eingezahlten Beiträge gezahlt wird. Auf den von ihm gestellten Antrag hin erhielt der Mitarbeiter von der Pensionskasse seine eingezahlten Beiträge zurück. Inzwischen bezieht der Mitarbeiter von seinem ehemaligen Arbeitgeber ein Altersruhegeld aus der Direktusage. Daneben verlangt er auch von der Pensionskasse eine Altersversorgungsleistung mit der Begründung, die Auszahlung der Beiträge habe gegen das Abfindungsverbot des § 3 BetrAVG verstoßen.

Das BAG hat seine Rechtsprechung zur sog. Umfassungsusage bestätigt. § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG findet danach auch auf Versorgungszusagen Anwendung, die vor dem Inkrafttreten der Bestimmung am 1.7.2002 erteilt wurden.² Der Arbeitgeber hat grundsätzlich ein Wahl-

recht, ob er für die auf den Arbeitnehmerbeiträgen beruhenden Leistungen eine „Umfassungsusage“ erteilt oder nicht. Solche Umfassungsusagen können sich aus einer ausdrücklichen Erklärung des Arbeitgebers, durch Auslegung oder auch konkludent aus den Umständen ergeben. Liegt keine ausdrückliche Zusage vor, müssen die Gesamtumstände den Schluss zulassen, dass die Zusage des Arbeitgebers auch die auf Arbeitnehmerbeiträgen beruhenden Leistungen umfassen soll.³ Bei Zusagen, die vor dem 1.7.2002 erteilt wurden, gelten für die Annahme einer Umfassungsusage erhöhte Anforderungen. Die Darlegungs- und Beweislast trägt dabei der Versorgungsberechtigte, der eine Versorgungsleistung begehrt. Im entschiedenen Fall ließen nach Auffassung des BAG auch die Umstände, dass der Kläger arbeitsvertraglich zur Finanzierung der Versorgungsleistungen durch Eigenbeiträge verpflichtet war und dass die zugesagten Leistungen endgehaltsbezogen ermittelt waren, nicht den Schluss zu, dass eine Umfassungsusage vorlag. Ebensowenig spreche dafür die – unter in der Pensionskassensatzung eng definierten Voraussetzungen bestehende – Ausgleichspflicht des Arbeitgebers für ein Defizit in der versicherungstechnischen Bilanz der Pensionskasse. Der Vortrag des Klägers, nach Vorstellung der damals bei der Beklagten Verantwortlichen sei die Mitgliedschaft in der Pensionskasse fester Bestandteil der anteilig vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer finanzierten betrieblichen Altersversorgung gewesen, lasse nicht den Schluss zu, dass die Pensionskassenleistung überhaupt betriebliche Altersversorgung sei. Im Ergebnis konnte das BAG daher dahinstehen lassen, ob das Abfindungsverbot des § 3 BetrAVG in der damals geltenden Fassung vom 28.11.1983 auch für das Rechtsverhältnis des Klägers zur Pensionskasse galt und ob die Zahlung einer Austrittsvergütung nach der Pensionskassensatzung für von einer Umfassungsusage erfasste Leistungen gesetzeswidrig erfolgte, da es sich nicht um betriebliche Altersversorgungsleistungen handelte.

II. Gruppenunterstützungskasse: Ausschluss des Rückzahlungsanspruchs an das Trägerunternehmen zulässig

Anlässlich eines Rechtsstreits über die Rückzahlung von Deckungsmitteln, die ein Trägerunternehmen an eine Gruppenunterstützungskasse zur Durchführung der betrieblichen Altersversorgung geleistet hat, hat das BAG festgestellt, dass der Ausschluss eines Rückzahlungsanspruchs in der Satzung einer (Gruppen-)Unterstützungskasse rechtlich zulässig ist.⁴ Die Klägerin war Trägerunternehmen der

1 BAG, 21.3.2017 – 3 AZR 464/15, DB 2017, 1787.

2 Bestätigung von BAG, 15.3.2016 – 3 AZR 827/14, BAGE 154, 213; BAG, 13.12.2016 – 3 AZR 342/15, BAGE 157, 230.

3 BAG, 21.3.2017 – 3 AZR 464/15, DB 2017, 1787, Rn. 29 ff., BAG, 13.12.2016 – 3 AZR 342/15, Rn. 35 m. w.N.

4 BAG, 21.3.2017 – 3 AZR 619/15, AP Nr. 49 zu § 1 Unterstützungskasse.

Gruppenunterstützungskasse. Zudem schloss sie mit einer Gesellschaft, deren Vorstand auch Vorstandsmitglied der Gruppenunterstützungskasse war, einen Geschäftsbesorgungsvertrag zur Administration der betrieblichen Altersversorgung. An diese Gesellschaft reichte die Gruppenunterstützungskasse ein ungesichertes Darlehen aus und legte das Kassenvermögen im Übrigen in Anleihen an. Beide Vermögensanlagen fielen später aus. Das Trägerunternehmen klagte auf Rückzahlung des zugewendeten Kassenvermögens bzw. auf Schadensersatz. Die Gruppenunterstützungskasse lehnte dies unter Hinweis auf ihre Satzung ab, die eine Rückzahlung von Kassenvermögen an das Trägerunternehmen – gleich aus welchem Rechtsgrund – ausschließt. Ein Mittelabfluss aus dem Vereinsvermögen der Gruppenunterstützungskasse war ausschließlich auf den in der Satzung vorgesehenen Wegen möglich, z. B. eine Vermögensübertragung auf andere Versorgungseinrichtungen bei Beendigung der Mitgliedschaft des Trägerunternehmens.

Ein solcher genereller Rückforderungsausschluss in der Satzung der Gruppenunterstützungskasse hält nach Auffassung des BAG auch einer Inhaltskontrolle stand. Im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) wendet der 3. Senat § 310 Abs. 4 S. 1 BGB, wonach die Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen im Gesellschaftsrecht nicht gelten, auch für das Vereinsrecht an.⁵ Der Ausschluss der AGB-Kontrolle erfasse auch unmittelbar auf der Satzung beruhende Rechtsverhältnisse zwischen dem Verein und seinem Mitglied, soweit diese auf der Mitgliedschaft beruhen und der Verwirklichung des Vereinszwecks dienen. Eine Inhaltskontrolle finde daher nur nach §§ 242, 315 BGB, d. h. nach Treu und Glauben statt. Im entschiedenen Fall überschreite der satzungsrechtliche Rückforderungsausschluss nicht die durch Treu und Glauben gesetzten Grenzen. Die Satzungsregelungen seien durch den verfolgten Zweck begründet, die versprochene Versorgungsleistung zu sichern und die Gruppenunterstützungskasse in die Lage zu versetzen, die satzungsmäßigen Aufgaben zu erfüllen, ohne dabei jede Disposition des Trägerunternehmens über das segmentierte Kassenvermögen auszuschließen. Ausdrücklich zugelassen sind Ansprüche auf Übertragung des gebildeten Kassenvermögens auf andere Versorgungseinrichtungen, deren Auswahl nach der Satzung nicht im ausschließlichen Belieben der Unterstützungskasse liegt. Die Regelungen über die Verwendung des segmentierten Kassenvermögens bei Beendigung der Mitgliedschaft berücksichtigten zudem das berechnete Interesse des Trägerunternehmens, der Gefahr eines Missbrauchs vorzubeugen. Diese gelten auch, wenn die Mitgliedschaft durch sofortigen Austritt aus wichtigem Grund endet. Von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatz lehnte das BAG ebenfalls ab.

III. Gleichbehandlung/AGG

1. Mögliche Entgeltdiskriminierung durch angeordnetes Ruhen einer Altersleistung bei Zusammentreffen mit Hinterbliebenenleistung

Das BAG hat sich erstmals mit der Frage der Entgeltdiskriminierung durch eine Ruhensregelung in einer Versorgungsordnung bei Zusammentreffen von Ruhegeld und Hinterbliebenenversorgung befasst.⁶ Sowohl die Klägerin als auch ihr verstorbener Ehemann hatten anlässlich ihrer Arbeitsverhältnisse mit der Stadt Hamburg Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung nach dem Hamburgischen

Zusatzversorgungsgesetz (HmbZVG) erworben. Dessen Regelungen sehen für den Fall, dass dem Versorgungsberechtigten sowohl ein (eigenes) Altersruhegeld als auch eine Hinterbliebenenversorgung nach HmbZVG zusteht, ein Ruhen der betragsmäßig niedrigeren Versorgungsleistung vor. Nach dem Tod ihres Ehemannes bezog die Klägerin zunächst ein Witwengeld nach HmbZVG. Nach Erreichen der Altersgrenze teilte ihr die beklagte Stadt mit, dass das ihr zustehende Altersruhegeld wegen des gleichzeitigen Bezugs des (höheren) Witwengelds ruhte. Die Klägerin klagte auf Zahlung des Altersruhegelds. Das BAG begründet die Zurückverweisung der Sache an das LAG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung damit, dass die Ruhensregelung in § 20 HmbZVG in der vorliegenden Konstellation eine mittelbare Entgeltdiskriminierung wegen des Geschlechts nach Art. 157 des Vertrags über die Europäische Union (AEUV) bewirken könne.

Der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit in Art. 157 AEUV verbietet sowohl eine mittelbare als auch eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts. Eine mittelbare Diskriminierung kann vorliegen, wenn die nachteiligen Folgen einer Regelung erheblich mehr Angehörige des einen als des anderen Geschlechts treffen. Sie ist dann geschlechtsdiskriminierend, wenn sie nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt ist, die nichts mit der Geschlechtszugehörigkeit der benachteiligten Arbeitnehmer zu tun haben. Dieser Grundsatz gilt für jeden einzelnen gezahlten Entgeltbestandteil.⁷ Sowohl Altersruhegeld als auch Witwen- bzw. Witwengeld nach HmbZVG sind Entgelt im Sinne des Art. 157 AEUV, da sie – auch wenn sie erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt werden – eine Gegenleistung für die im Arbeitsverhältnis verbrachte Betriebszugehörigkeit darstellen.⁸ Dieser Einordnung steht nicht entgegen, dass hier die betriebliche Versorgung auf einem Landesgesetz beruht. Zwar fallen unmittelbar durch Gesetz geregelte Systeme der sozialen Sicherheit nicht unter den Entgeltbegriff des Art. 157 AEUV, dies gilt aber nicht für Leistungen eines (durch Gesetz geregelten) Versorgungssystems, das von der ehemaligen Beschäftigung des Betroffenen abhängt.⁹ Auf den Grundsatz des gleichen Entgelts nach Art. 157 AEUV kann sich die Klägerin auch als unmittelbar anwendbares Recht berufen.

Zwar enthält die Ruhensregelung in § 20 HmbZVG keine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, da sie gleichermaßen für Männer und Frauen gilt und nicht an geschlechtsbezogene Merkmale anknüpft. Das BAG stellt detaillierte Prüfungskriterien für die Annahme einer mittelbaren Benachteiligung auf: Zunächst seien Vergleichsgruppen entsprechend dem persönlichen Geltungsbereich der differenzierenden Regelung zu bilden, indem der Gesamtheit der von der Regelung erfassten Personen die Gesamtheit der durch die Regelung benachteiligten Personen gegenüberzustellen sei. Im Vergleich dieser Gruppen sei dann zu prüfen, ob die Träger des verpönten Merkmals besonders benachteiligt sind. Dies erfordere nicht zwingend einen statistischen Nachweis, dass diese zahlenmäßig wesentlich stärker benachteiligt werden als andere Personen; die besondere Benachteiligung könne sich auch aus anderen Um-

⁵ Vgl. BAG, 31.3.2017 – 3 AZR 619/15, Rn. 27 m. w. N.

⁶ BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 733/15.

⁷ BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 733/15 unter Verweis auf die Rspr. des EuGH.

⁸ BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 733/15, Rn. 18 m. w. N., so auch BAG, 4.8.2015, 3 AZR 137/13, BAGE 152/164.

⁹ BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 733/15, st. Rspr. des EuGH, vgl. EuGH, 17.5.1990 – C-262/88, Barber.

ständen ergeben.¹⁰ Abweichend von der Vorinstanz sieht das BAG bei der Ruhensregelung in § 20 HmbZVG Anhaltspunkte dafür, dass davon zahlenmäßig entweder erheblich mehr Frauen als Männer betroffen sein könnten, deren Anspruch auf ein Ruhegeld ruht (obwohl das Witwengeld lediglich 60 % des Ruhegelds des verstorbenen Ehemanns beträgt), oder erheblich mehr Männer, deren – von ihren verstorbenen Ehefrauen erarbeiteter – Anspruch auf Witwengeld ruht. Das BAG sieht die Ursache in den typischen Erwerbsbiografien von Frauen (Teilzeittätigkeit, Ausfallzeiten wegen familiärer Fürsorgepflichten, geringer vergüteter Tätigkeiten), die erfahrungsgemäß zu niedrigerem Einkommen und geringerer betrieblicher Altersversorgung führen. Eine mittelbare Benachteiligung sei auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass das HmbZVG bis zu drei Jahre Kindererziehung pro Kind als ruhegeldfähige Beschäftigungszeiten berücksichtigt. Die Darlegungs- und Beweislast für eine geschlechtsspezifische Entgeltdiskriminierung liege beim Arbeitnehmer, der sich darauf beruft. Spreche jedoch der erste Anschein für eine Diskriminierung, hat der Arbeitgeber nachzuweisen, dass es sachliche Gründe für die Entgeltunterschiede gibt, d.h., die unterschiedliche Entlohnung durch objektive Kriterien gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung des Ziels angemessen und erforderlich sind.¹¹ Rechtmäßige Ziele in diesem Sinn können nur solche sein, die nicht ihrerseits diskriminierend sind. Das BAG erkennt die von der Stadt Hamburg angeführte Begründung, die Ruhensregelung in § 20 HmbZVG bezwecke die Begrenzung öffentlicher Ausgaben, nicht als objektiven Grund an, da sonst die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung von Männern und Frauen von Haushaltserwägungen abhängt. Auch dass die Regelung der Vermeidung einer Doppelversorgung diene, lässt das BAG nicht als Rechtfertigung zu, da diese nicht auf den Versorgungsbedarf an sich abstelle, sondern auf die Quelle der Leistungen, also dass beide zusammentreffenden Leistungen nach dem HmbZVG gewährt werden. Schließlich gibt das BAG den Hinweis, dass sich bei Verneinung der mittelbaren Diskriminierung durch das LAG die Frage stellt, ob die Ruhensregelung in § 20 HmbZVG gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verstoße.

2. Zulässigkeit des Mindestalters 17 für den Zugang zur betrieblichen Altersversorgung

Nach einer Reihe von BAG-Entscheidungen zur Zulässigkeit von Höchstaltersgrenzen in betrieblichen Versorgungsordnungen nach AGG bzw. der Richtlinie 2000/78/EG¹² führt das BAG seine Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung erstmals zu einer Mindestaltersgrenze für den Zugang zu betrieblicher Altersversorgung weiter und erklärt den Anrechnungsausschluss von Dienstzeiten vor Vollendung des 17. Lebensjahres für zulässig.¹³ Im entschiedenen Fall richtete sich die betriebliche Altersversorgung einer Dienstordnungs-Angestellten einer Krankenkasse über eine in der Dienstordnung enthaltene Bezugnahme Klausel nach dem Beamtenversorgungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen (LBeamVG). Die bei Eintritt in den Ruhestand 2013 für die Mitarbeiterin maßgebende Fassung des LBeamVG vom 16.5.2013 regelte einen Ausschluss der Anrechnung von Beschäftigungszeiten vor Vollendung des 17. Lebensjahres für die Ermittlung der Höhe der Altersversorgungsleistungen, der in der Neufassung des LBeamVG vom 14.6.2016 nicht mehr enthalten war. Die Klägerin, die bereits vor Vollendung ihres 17. Lebensjahres in ein Ausbildungsverhältnis mit der Krankenkasse

eintrat, hielt diesen Ausschluss für eine unzulässige Altersdiskriminierung sowie eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, da die Nichtberücksichtigung von Dienstzeiten vor Alter 17 im Wesentlichen Frauen benachteilige. Das BAG dagegen hat den Ausschluss von Dienstzeiten vor Vollendung des 17. Lebensjahres für zulässig erklärt. Dieser Ausschluss durch das in Bezug genommene LBeamVG vom 16.5.2013 verstoße weder gegen §§ 1, 3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) noch gegen die unionsrechtlichen Verbote der Alters- oder Geschlechtsdiskriminierung. Zur Anwendbarkeit des AGG stellt das BAG zunächst fest, dass dieses auch Anwendung findet, wenn der Inhalt des Arbeits- und Versorgungsverhältnisses durch eine Dienstordnung geregelt ist, die sich als von Krankenkassen erlassenes autonomes Satzungsrecht im Rahmen gesetzlicher Vorschriften halten müsse.¹⁴ Das BAG konnte jedoch dahinstehen lassen, ob der Ausschluss von Beschäftigungszeiten vor Alter 17 die Klägerin unmittelbar wegen des Alters benachteiligt oder nur mittelbar, da auch eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters nach § 10 AGG sachlich gerechtfertigt war.

Nach § 10 S. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist; die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen nach § 10 S. 2 AGG angemessen und erforderlich sein. § 10 S. 3 AGG enthält eine Aufzählung von Tatbeständen, wonach derartige unterschiedliche Behandlungen insbesondere gerechtfertigt sein können (im Sinne von Regelbeispielen). So sieht § 10 S. 3 Nr. 4 AGG die „Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Leistungen“ vor. In der aktuellen Entscheidung hält das BAG ausdrücklich an seinem bisherigen Verständnis von § 10 S. 3 Nr. 4 AGG fest, dass der deutsche Gesetzgeber in seinen Anforderungen an die Zulässigkeit von Altersgrenzen über das hinausgehe, was nach Art. 6 Abs. 2 Richtlinie 2000/78/EG erforderlich sei. Durch Einordnung in die Rechtfertigungsgründe des § 10 S. 3 Nr. 4 AGG habe der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die Festsetzung von Altersgrenzen in den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit grundsätzlich objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel im Sinne von § 10 S. 1 AGG gerechtfertigt ist. Die in der Zusage konkret gewählte Altersgrenze müsse allerdings auch selbst angemessen und erforderlich im Sinne von § 10 S. 2 AGG sein.¹⁵ Somit sei bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 10 S. 3 Nr. 4 AGG eine unterschiedliche Behandlung zwar grundsätzlich – aber nicht immer – zulässig. Dem Gesetzgeber stehe nach Art. 8 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG auch das Recht zum Erlass günstigerer Vorschriften zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu. An dieser Sichtweise hält der 3. Senat auch angesichts der Entscheidungen des EuGH aus dem Jahr 2016 fest, die keine zusätzlichen Anforderungen an die Rechtfertigung

10 BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 733/15, Rn. 25 unter Verweis auf die Rspr. zur mittelbaren Diskriminierung nach AGG, so BAG, 9.12.2015 – 4 AZR 684/12, BAGE 153, 348; BAG, 16.10.2014 – 3 AZR 661/12, BAGE 149, 297; BAG, 18.9.2014 – 3 AZR 753/13.

11 BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 733/15, Rn. 26, Rn. 37; vgl. EuGH, 28.2.2013 – C-427/11, Kenny.

12 Vgl. BAG, 12.2.2013 – 3 AZR 100/11, BAGE 144, 231; BAG, 12.11.2013 – 3 AZR 356/12, AP Nr. 5 zu § 10 AGG, BB 2014, 1406 m. BB-Komm. *Elking*.

13 BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 72/16, NZA 2018, 315.

14 St. Rspr. des BAG, vgl. BAG, 22.7.2010 – 6 AZR 82/09 AP Nr. 81 zu § 611 Dienstordnungs-Angestellte; BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 72/16, Rn. 28.

15 BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 72/16, Rn. 28 m.w.N., so etwa BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, BAGE 152; BAG, 18.3.2014 – 3 AZR 69/12, BAGE 147, 279, BB 2014, 1853 m. BB-Komm. *de Groot*.

einer Altersgrenze stellen.¹⁶ Selbst vor dem Hintergrund der strengen Anforderungen ist nach dem BAG der Ausschluss von Beschäftigungszeiten vor Alter 17 aber zulässig.

Zusätzlich konkretisiert der 3. Senat seine Rechtsprechung zu den legitimen Zielen im Sinne von § 10 Abs. 1 AGG: Nach den europäischen Vorgaben seien darunter – wegen ihrer Nennung in Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2000/78/EG – sozialpolitische Ziele (d.h. aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt oder berufliche Bildung) zu verstehen, ebenso aber Ziele aus Arbeits- und Sozialpolitik, die ein Arbeitgeber mit einer betrieblichen Altersversorgung verfolgt. In diesem Sinne seien auch Ziele legitim, die einen Ausgleich zwischen den beteiligten Interessen von Arbeitgeber und Versorgungsberechtigten schaffen sollen, um damit der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung zu dienen. Dazu gehöre auch, den unternehmerischen Belangen einer begrenz- und kalkulierbaren Belastung Rechnung zu tragen.¹⁷ Da § 10 S. 3 AGG somit die Begrenzung von Leistungspflichten des Versorgungsschuldners in Versorgungsordnungen erlaube, damit dieser eine verlässliche und überschaubare Kalkulationsgrundlage habe, halte sich eine Versorgungsordnung, die davon Gebrauch macht, im Rahmen dieses legitimen Ziels.¹⁸

Obwohl die Versorgungsordnung bereits eine Höchstgrenze für den Ruhegehaltssatz vorsah, dient die Festsetzung eines Mindestalters 17 nach dem BAG dem Interesse des beklagten Arbeitgebers an einer überschaubaren und kalkulierbaren Versorgungslast. Dies beeinträchtigt das legitime Interesse der Arbeitnehmer an der vollständigen Berücksichtigung ihrer Beschäftigungszeiten nicht übermäßig, da die Kappung durch das Mindestalter – gemessen an der bis der Regelaltersgrenze verbleibenden Zeit zum Aufbau einer Altersversorgung von mindestens 48 Jahren – nur unwesentlich sei und nicht zur Entwertung eines wesentlichen Teils eines typischen Erwerbslebens führe,¹⁹ vor allem auch, weil die Versorgungsregelung den typischerweise durch Mutterschafts-/Erziehungszeiten bedingten Ausfall ruhegehaltstfähiger Dienstzeiten abmildere. Das Mindestalter 17 sei angemessen und gehe nicht über das zur Begrenzung der Höchstversorgungslast der Beklagten Erforderliche hinaus. Eine Diskriminierung wegen des Geschlechts durch das Mindestalter war nicht feststellbar.

In seiner zu Höchstaltersgrenzen ergangenen Rechtsprechung hat das BAG eine solche von 50 Jahren bzw. eine Mindestbetriebszugehörigkeit von 15 Jahren als zulässige Altersgrenzen eingestuft. Vorliegend hat das BAG nunmehr entschieden, dass auch Mindestalter nicht für sich genommen als altersdiskriminierend anzusehen sind, sondern dem legitimen Ziel der Begrenzung der Höchstversorgungslast dienen können.²⁰ Dies trägt zu mehr Rechtssicherheit im Hinblick auf die zulässige Risikobegrenzung betrieblicher Altersversorgung bei. Allerdings lässt sich den Entscheidungen nicht entnehmen, bei welchem Alter die Zulässigkeitsgrenze für Mindestalter verlaufen würde. Hier bleibt die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten.

3. Spätehenklausel – Ausschluss von Hinterbliebenenversorgung bei Eheschließung nach Alter 65 zulässig

Das BAG hat seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit von sog. Spätehenklauseln modifiziert. Anders als in einer Entscheidung aus dem Jahr 2015 – dort hatte der 3. Senat eine Spätehenklausel, die eine Hinterbliebenenversorgung an die Eheschließung vor Vollendung des 60. Lebensjahres anknüpfte, wegen Verstoß gegen § 7 Abs. 2 AGG als un-

wirksam eingeordnet²¹ – hat das BAG nunmehr eine Spätehenklausel, die eine Hinterbliebenenversorgung ausschließt, wenn der versorgungsberechtigte Arbeitnehmer bei der Eheschließung das Alter 65 überschritten hat, für zulässig gehalten.²² Insbesondere rückt das BAG im aktuellen Urteil von seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 10 S. 3 Nr. 4 AGG ab, wonach dieses Regelbeispiel für die Zulässigkeit von Altersgrenzen nicht die Hinterbliebenenversorgung erfasse,²³ und schwenkt auf die Linie der EuGH-Rechtsprechung²⁴ zu Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG (wortgleich zu § 10 S. 3 Nr. 4 AGG) ein: Hinterbliebenenversorgung unterfalle jedenfalls dann § 10 S. 3 Nr. 4 AGG, wenn dem Versorgungsberechtigten daneben auch Alters- oder Invalidenversorgung zugesagt ist und sich die Höhe der Hinterbliebenenversorgung an der Höhe der Alters- oder Invaliditätsrente orientiert.²⁵ Im vorliegenden Fall schloss die maßgebliche Leistungsordnung des Bochumer Verbands (LO) Hinterbliebenenbezüge u. a. dann aus, wenn der verstorbene Mitarbeiter oder Versorgungsberechtigte bei der Eheschließung 65 oder älter war. Der verstorbene Ehemann der Klägerin, der seit 1992 ein Altersruhegeld bezog, heiratete diese im Jahr 2007 im Alter von 81 Jahren. Unter Berufung auf die Spätehenklausel der LO verweigerte der ehemalige Arbeitgeber eine Witwenrente.

Nach dem Urteil des BAG verstößt die Spätehenklausel der LO nicht gegen das Verbot der Altersdiskriminierung nach AGG und ist damit zulässig. Als Hinterbliebene ihres versorgungsberechtigten Ehemanns unterfalle die Klägerin zwar nicht dem Anwendungsbereich des AGG, da sie nicht zu den in § 6 Abs. 1 AGG genannten Personengruppen zähle, allerdings sei für die Frage, ob eine Benachteiligung vorliege, auf den versorgungsberechtigten Arbeitnehmer und nicht auf den Hinterbliebenen abzustellen.²⁶ Nach § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG ist eine aus Anlass des Arbeitsverhältnisses zugesagte Hinterbliebenenleistung eine Leistung betrieblicher Altersversorgung, die dem Arbeitnehmer die Sorge um die finanzielle Absicherung möglicher Hinterbliebener nimmt. Dieser geldwerte Vorteil des Arbeitnehmers entfalle auch nicht etwa deshalb, weil dieser mit dem Eintritt der Voraussetzungen für die Hinterbliebenenversorgung nicht mehr lebt.²⁷ Die Anknüpfung an Alter 65 für den (vollständigen) Ausschluss einer Hinterbliebenenversorgung bewirkt zwar eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters, denn Arbeitnehmer, die erst nach Vollendung ihres 65. Lebensjahres heiraten, erfahren wegen ihres Alters eine ungünstigere Behandlung als Arbeitnehmer, die vor diesem Alter heiraten. Diese Ungleichbehandlung ist nach § 10 S. 3 Nr. 4 AGG als Festsetzung einer Altersgrenze sachlich gerechtfertigt, wenn die konkret gewählte Altersgrenze zusätzlich im Sinne von § 10 S. 2 AGG angemessen und

16 EuGH, 24.11.2016 – C-443/15, Parris; EuGH, 16.6.2016 – C-159/15, Lesar.

17 Vgl. EuGH, 13.9.2011 – C-447/09, Prigge, RIW 2011, 790; EuGH, 26.9.2013 – C-476/11, HK Danmark; EuGH, 13.7.2017 – C-354/16, Kleinstauber, RIW 2018, 69.

18 BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 72/16, Rn. 49; im Urteil BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, BAGE 152, 164 hatte das BAG noch ausdrücklich offengelassen, ob das Interesse des Arbeitgebers an der Begrenzung und Kalkulierbarkeit der zugesagten Versorgung ein legitimes Ziel darstellen könne.

19 Vgl. BAG, 18.3.2014 – 3 AZR 69/12, BAGE 147, 279, zur Höchstaltersgrenze, BB 2014, 1853 m. BB-Komm. de Groot.

20 BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, BAGE 152, 164.

21 BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, BAGE 152, 164.

22 BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 781/16, BetrAV 2018, 151.

23 BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, BAGE 152, 164.

24 EuGH, 24.11.2016 – C-443/15, Parris.

25 Vgl. Leitsatz von BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 781/16. Für die Erfassung der Hinterbliebenenversorgung durch § 10 Abs. 3 S. 4 AGG bereits Börner/Lampe, BB 2017, 1206.

26 BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 781/16, Rn. 17, so auch BAG, 15.9.2009 – 3 AZR 294/09 und EuGH, 24.11.2016 – C-443/15, Parris, zu Art. 2 der RL 2000/78/EG.

27 BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 781/16, Rn. 18, unter Hinweis auf a. A. LAG Baden-Württemberg, 9.3.2017 – 17 Sa 7/17; Bauer/Krieger, NZA 2016, 22, 24; Seel, MDR 2016, 305, 306.

erforderlich ist.²⁸ Anders als bisher geht das BAG in Übereinstimmung mit der EuGH-Rechtsprechung zum (wortgleichen) Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG davon aus, dass § 10 S. 3 Nr. 4 AGG für die Fallgruppe „Festsetzung von Altersgrenzen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für den Bezug von Leistungen“ über seinen Wortlaut hinaus neben den Risiken „Alter“ und „Invalidität“ auch das Risiko des Todes umfasst, wenn sich die Höhe der Hinterbliebenenversorgung an der Höhe der zugesagten betrieblichen Altersrente oder Invaliditätsrente orientiert, dann erfasse § 10 S. 3 Nr. 4 AGG die Hinterbliebenenversorgung als „Annex“ zur dort ausdrücklich aufgeführten Alters- bzw. Invaliditätsrente. Das als legitimes Ziel einzuordnende Interesse des Arbeitgebers an einer begrenz- und kalkulierbaren Belastung durch betriebliche Altersversorgung, insbesondere durch Begrenzung des Kreises anspruchsberechtigter Dritter mittels zusätzlicher anspruchsbegründender oder besonderer anspruchsausschließender Merkmale, sei gerade bei Hinterbliebenenversorgung von Bedeutung: Ein dahingehendes Leistungsversprechen bringe zusätzliche Unwägbarkeiten und Risiken mit sich, nicht nur bezüglich des Zeitpunkt des Leistungsfalls, sondern auch im Hinblick auf die Dauer der Leistungserbringung.²⁹ Das BAG stuft die Anknüpfung an Alter 65 durch die Spätehenklausel als „Zäsur“ auch als angemessen und erforderlich ein. Da für den erfassten Personenkreis die maßgebliche feste Altersgrenze nach LO Alter 65 war, sei im Regelfall zu diesem Zeitpunkt mit einer Inanspruchnahme der Betriebsrente und einem altersbedingten Ausscheiden aus dem Berufs- und Erwerbsleben zu rechnen. Die Lebensgestaltung des Arbeitnehmers in der Zeit danach dürfe der Arbeitgeber bei der Abgrenzung seiner Leistungspflichten unberücksichtigt lassen.³⁰ Die Härtefallklausel der LO greift laut BAG nicht ein, diese solle nur in Grenzfällen Rechtsfolgen abmildern, nicht jedoch generelle Korrekturen der Versorgungsgrundsätze oder gar eine Änderung des Regelungszwecks ermöglichen.

4. Gleichbehandlung – Eintritt des Versorgungsfalls zu einem bestimmten Stichtag als sachgerechter Anknüpfungspunkt

Seine ständige Rechtsprechung zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hat das BAG in einem Fall weiter entwickelt, in dem der Arbeitgeber bestimmten Gruppen von Versorgungsberechtigten stichtagsbezogen freiwillig eine höhere Betriebsrente gewährt hat.³¹ Zwischen den Parteien war die Höhe der Betriebsrente streitig. Die Rechtsvorgängerin der beklagten Arbeitgeberin hatte die als Betriebsvereinbarung in Kraft getretene betriebliche Altersversorgung mit Wirkung zum 31.12.1994 gekündigt, mit der Folge, dass Dienstzeiten nach diesem Zeitpunkt nicht mehr versorgungserhöhend waren. In der irrigen Annahme, hierzu verpflichtet zu sein, legte die Rechtsvorgängerin und später auch die Beklagte bei der Berechnung von unverfallbaren Anwartschaften und Versorgungsleistungen die Dienstzeiten bis zum Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis zugrunde. Nachdem dieser Irrtum Ende 2010 auffiel, entschied die Geschäftsführung der Beklagten zum Jahreswechsel 2010/2011, die Begrenzung der anrechnungsfähigen Dienstzeit auf den 31.12.1994 für am Stichtag 31.1.2011 bereits laufende Renten und die im Rahmen einer Betriebsänderung nach Umwandlungsrecht im Jahr 2010 aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedene Anwärter nicht zu berücksichtigen. Für alle anderen Anwärter, die ihre Rente erst nach dem Stichtag in Anspruch nahmen, wurde nur noch die bis

zum 31.12.1994 erbrachte Dienstzeit als anrechnungsfähig berücksichtigt.

Nach Auffassung des BAG verstößt die unterschiedliche Behandlung der Personengruppen bei der Entscheidung, die Betriebsrente freiwillig unter Berücksichtigung nach dem 31.12.1994 erbrachter Dienstzeit zu berechnen, nicht gegen den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Gleichbehandlungsgrundsatz findet immer dann Anwendung, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem bestimmten erkennbaren und generalisierenden Prinzip aufgrund einer abstrakten Regelung gewährt, allerdings nur bei einem gestalten Verhalten des Arbeitgebers, hingegen nicht beim bloßen – auch vermeintlichen – Normvollzug.³² Er gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen seiner Arbeitnehmer, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung von ihm selbst gegebenen Regeln gleich zu behandeln; unzulässig ist dabei nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung.³³ Eine Differenzierung muss – vor dem Hintergrund des Regelungszwecks – sachlich gerechtfertigt sein.³⁴ Die Arbeitgeberin hat hier zwei unterschiedliche Gruppen von Begünstigten gebildet, die Versorgungsempfänger und die im Rahmen der Unternehmensspaltung im Jahr 2010 vorzeitig ausgeschiedenen Arbeitnehmer. Ausgenommen von der günstigen Regelung sind die übrigen ehemaligen und die noch aktiven Arbeitnehmer, bei denen der Versorgungsfall bis zum 31.1.2011 nicht eingetreten war. Aus Sicht des BAG ist die Anknüpfung der Differenzierung an den Eintritt des Versorgungsfalls nicht zu beanstanden, da dieser als Zäsur einen sachgerechten Anknüpfungspunkt darstelle.³⁵ Die weiterhin ungekürzte Gewährung bereits laufender Betriebsrenten trage der besonderen Lage und dem Schutzbedürfnis der Versorgungsempfänger Rechnung, die sich bereits auf einen entsprechenden finanziellen Lebensstandard im Ruhestand eingestellt hatten. Das BAG hält den gewählten Stichtag 31.1.2011 wegen der zeitlichen Nähe zur Aufdeckung des Irrtums der Arbeitgeberin und ihrer Entscheidung zur freiwilligen Weitergewährung höherer Betriebsrenten für sachgerecht. Die Festsetzung eines Stichtags sei Ausdruck einer pauschalierten Betrachtung und im Interesse der Praktikabilität grundsätzlich zulässig, wenn sich die Wahl des Zeitpunkts am zu regelnden Sachverhalt orientiere und sachlich vertretbar sei.³⁶ Eine Stichtagsregelung werde auch nicht deshalb unzulässig, weil sie im Einzelfall zu Härten führen kann.³⁷ Auch die Begünstigung der im Rahmen der Unternehmensspaltung 2010 ausgeschiedenen Versorgungsanwärter sei sachlich gerechtfertigt, da es der Arbeitgeberin um Nachteilsausgleich für den vorzeitigen Verlust des Arbeitsplatzes gegangen sei, auch wenn ein solcher schon durch eine im Sozialplan (Betriebsvereinbarung) vorgesehene Abfindung stattgefunden habe. Dem Arbeitgeber sei es individualrechtlich nicht verwehrt, den be-

28 Vgl. BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 781/16, Rn. 26, st. Rspr., vgl. oben Ziff. III. 1.

29 BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 781/16; BAG, 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, BAGE 152, 164.

30 BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 768/11, unter Verweis auf die bisherige Rspr.

31 BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 515/16, DB 2018, 582.

32 BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 515/16, Rn. 21, vgl. auch BAG, 11.7.2017 – 3 AZR 515/16, AP Nr. 121 zu § 6 BetrAVG, BB 2018, 435 Ls.

33 St. Rspr. des BAG, vgl. etwa BAG, 21.8.2007 – 3 AZR 269/06, BAGE 124, 22, RIW 2008, 245.

34 St. Rspr. des BAG, vgl. etwa BAG, 12.8.2014 – 3 AZR 764/12.

35 BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 515/16; vgl. auch BAG, 12.8.2014 – 3 AZR 764/12; BAG, 11.8.2009 – 3 AZR 363/08.

36 BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 515/16; BAG, 13.11.2014 – 6 AZR 1102/12, BAGE 150, 36.

37 BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 515/16; vgl. BAG 12.2.2013 – 3 AZR 414/12, Rn. 114 m. w. N.

troffenen Arbeitnehmern einen zusätzlichen Ausgleich zukommen zu lassen.³⁸

Die Festsetzung von Stichtagen zur Bildung verschiedener Personengruppen ist in der Praxis der betrieblichen Altersversorgung von hoher Bedeutung. Das BAG bestätigt diese Praxis und gibt Arbeitgebern ausreichend Freiraum, bei der Wahl solcher Stichtage ihre Interessenlage mit der der betroffenen Arbeitnehmer möglichst in Einklang zu bringen.

5. Keine Altersdiskriminierung durch Anrechnungsausschluss von Dienstzeiten nach Alter 60

In konsequenter Fortsetzung seiner Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung nach AGG hat das BAG den in einer Versorgungsregelung vorgesehenen Ausschluss von Dienstzeiten nach Vollendung des 60. Lebensjahres bei den anrechnungsfähigen Dienstzeiten für zulässig erklärt.³⁹ Eine Betriebsrentnerin und ihre ehemalige Arbeitgeberin streiten über die Berechnung ihrer Altersrente auf Grundlage des maßgeblichen Tarifvertrags (Betriebliche Altersversorgung der Deutschen Post AG). Deren Höhe bestimmt sich aus dem Produkt der anrechnungsfähigen Beschäftigungsjahre (Beschäftigungsmonate nach Vollendung des 60. Lebensjahres bleiben ausdrücklich unberücksichtigt) und einem für verschiedene Versorgungsgruppen festgelegten EUR-Betrag im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Nach Auffassung der Klägerin stellt der Ausschluss von Beschäftigungszeiten nach Alter 60 eine Altersdiskriminierung nach AGG dar, die nicht durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sei.

Für die Prüfung der Altersdiskriminierung wendet das BAG die Grundsätze zur Rechtfertigung von Altersgrenzen nach § 10 AGG an, die es in einem kurz zuvor ergangenen Urteil⁴⁰ ausführlich dargestellt und präzisiert hat. Es konnte offenlassen, ob im entschiedenen Fall eine Altersgrenze i. S. V. § 10 Abs. 3 Nr. 4 AGG vorliegt, da der Ausschluss von Beschäftigungszeiten nach Alter 60 bereits nach § 10 S. 1 und S. 2 AGG gerechtfertigt sei. Die Festlegung eines Höchstalters zur Begrenzung der anrechenbaren Beschäftigungszeiten sei angemessen und erforderlich (vor allem im Hinblick auf die Kalkulierbarkeit der Versorgung für den Arbeitgeber) und beeinträchtigt andererseits die legitimen Interessen der betroffenen Versorgungsempfänger, sich im Lauf eines Erwerbslebens eine angemessene Altersversorgung aufzubauen, nicht übermäßig. Unter Rückgriff auf seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Höchstaltersgrenzen geht das BAG davon aus, dass bei typisierender Betrachtung ein Erwerbsleben mindestens 40 Jahre umfasse und der ganz überwiegende Teil davon vor Alter 60 absolviert sei. Die Anrechnung von Dienstzeiten erfolge nach dem Tarifvertrag nicht nur für Zeiten mit Entgelt, sondern auch für bestimmte Krankheitszeiten. Eine Mindestaltersgrenze existiere nicht. Da die Klägerin eine besondere Benachteiligung von Frauen durch den Anrechnungsausschluss schon nicht dargetan habe, sei eine Diskriminierung wegen des Geschlechts nicht anzunehmen.

6. Altersdiskriminierung: Rentenbegrenzung unter Anknüpfung an Alter 55 in tariflicher Überleitungsregelung unwirksam

Das BAG hat seine in inzwischen ständiger Rechtsprechung herausgearbeiteten Kriterien zur Altersdiskriminierung weiter spezifiziert und vor diesem Hintergrund – in Anwendung der im Urteil vom 26.9.2017⁴¹ präzisierten Grundsätze – eine Übergangsregelung in ei-

nem Tarifvertrag zur Ablösung vormals zugesagter VBL-Versorgung für unwirksam gehalten.⁴² Die Klägerin war in ihrem Arbeitsverhältnis mit einer Krankenkasse zunächst bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL) pflichtversichert. Zum 1.1.2003 löste der arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifvertrag über die Altersversorgung der BKK-Verbände samt Änderungstarifvertrag diese betriebliche Altersversorgung ab. Die Überleitungsregelung im Änderungstarifvertrag begrenzte die Höhe der Rente zuvor bei der VBL pflichtversicherter Mitarbeiter, die am Überleitungsstichtag bereits 55 Jahre alt waren, um – laut Protokollnotiz – Mitarbeiter mit langen Vordienstzeiten außerhalb des öffentlichen Diensts nicht besonders zu begünstigen. Anlässlich des Rechtsstreits über den zutreffenden Ansatz anrechnungsfähiger Beschäftigungszeiten hat das BAG die Unzulässigkeit der Überleitungsregelung wegen Altersdiskriminierung unter zwei Aspekten festgestellt: Eine Regelung, die der Begrenzung und Kalkulierbarkeit von Versorgungsansprüchen dient, ist unangemessen, wenn sie allein an ein bestimmtes Lebensalter anknüpft, jüngere Arbeitnehmer mit vergleichbar hoher Betriebsrente aber nicht erfasst. Ebenso ist eine Versorgungsregelung, die die Berücksichtigung von Vordienstzeiten bei anderen Arbeitgebern begrenzen soll, nicht erforderlich, wenn sie nur Arbeitnehmer einer bestimmten Altersgruppe erfasst und nicht darauf abstellt, ob solche Vordienstzeiten tatsächlich erbracht wurden.

IV. AGB-Kontrolle: Beschränkung einer Hinterbliebenenversorgung auf „jetzigen“ Ehegatten unwirksam

Die Beschränkung der Hinterbliebenenversorgung in einer einheitsvertraglichen Zusage auf die bei Zusageerteilung vorhandene („jetzige“) Ehefrau des Arbeitnehmers hat das BAG im Rahmen einer AGB-Kontrolle als unangemessene Benachteiligung und damit unwirksam eingeordnet, allerdings die Zusage ausnahmsweise ergänzend dahin ausgelegt, dass die Hinterbliebenenversorgung dadurch auf während des Arbeitsverhältnisses geschlossene Ehen beschränkt sein solle.⁴³ Vorliegend klagte ein Mitarbeiter auf Feststellung gegen den Pensions-Sicherungs-Verein (PSVaG), dass dieser verpflichtet sei, der heute mit ihm verheirateten Ehefrau eine Hinterbliebenenversorgung zu gewähren, falls er stirbt. In der Versorgungszusage, die der – später insolvent gewordene – Arbeitgeber dem Kläger und einer Vielzahl anderer Mitarbeiter mit gleichem Wortlaut erteilt hatte, war dem Kläger zugesagt, dass nach seinem Tod „seine jetzige Ehefrau“ eine lebenslange Witwenrente erhält, vorausgesetzt, die Ehe werde zwischenzeitlich nicht geschieden. Nach Scheidung seiner bei Zusageerteilung bestehenden Ehe heiratete der inzwischen aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedene Kläger erneut.

Das BAG hat im Ergebnis die Klage abgewiesen, allerdings festgestellt, dass die in der Zusage enthaltene Beschränkung der Hinterbliebenenversorgung den Versorgungsberechtigten gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unangemessen benachteilige. Den Begriff „jetzige“ Ehefrau legt das BAG so aus, dass damit diejenige Ehefrau gemeint ist, mit der der Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Zusageerteilung ver-

38 BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 515/16, Rn. 36.

39 BAG, 17.10.2017 – 3 AZR 199/16.

40 BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 72/16; vgl. oben unter Ziff. III. 2.

41 BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 72/16; vgl. oben unter Ziff. III. 2.

42 BAG, 17.10.2017 – 3 AZR 737/15.

43 BAG, 21.2.2017 – 3 AZR 297/15, BAGE 158, 154; Anm. Heider, DB 2017, 1455.

heiratet war. Da die Versorgungszusage für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert war, enthält sie insofern Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Zwar ist das AGB-Recht für Arbeitsverhältnisse erst zum 1.1.2002 (vgl. § 310 Abs. 4 S. 2 BGB) in Kraft getreten. Gemäß Übergangsvorschrift (Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB) findet dieses Recht aber auch auf zuvor begründete Dauerschuldverhältnisse (dazu zählt auch das Rechtsverhältnis eines mit einer unverfallbaren Anwartschaft aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber) spätestens ab 1.1.2003 Anwendung. Abweichungen von den sich aus rechtlichen Vorgaben ergebenden Vertragstypen (z.B. Klauseln, die das Hauptleistungsverprechen modifizieren, einschränken oder aushöhlen) unterliegen damit einer uneingeschränkten Inhaltskontrolle, so auch Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, die von den im Betriebsrentengesetz angelegten Formen der Risikoabdeckung abweichen.⁴⁴ Wichtig für eine Hinterbliebenenversorgung im Sinne des BetrAVG sei die Absicherung eines für den Todesfall bestehenden typischen Versorgungsinteresses des Arbeitnehmers, für das maßgebend ist, in welchem Näheverhältnis der Arbeitnehmer zu den abzusichernden Personen steht.⁴⁵ Bei Hinterbliebenenversorgung sei damit vertragstypisch, dass eine bestimmte Kategorie von Personen in einem abgrenzbaren Näheverhältnis zum Versorgungsberechtigten abgesichert werde. Schränke der Arbeitgeber in einer Versorgungszusage den erfassten Personenkreis zu Lasten des Arbeitnehmers weiter ein, unterliege dies der Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, so hier die Beschränkung der Zusage auf die „jetzige“ Ehefrau. Der Arbeitnehmer habe ein rechtlich geschütztes Interesse, das sich aus dem Näheverhältnis zu seiner Ehefrau, mit der er bei seinem Ableben verheiratet ist, ergebende typisierte Versorgungsinteresse abzusichern. Zwar könne der Arbeitgeber bei Hinterbliebenenversorgung sein Interesse an einer Risikobegrenzung betrieblicher Altersversorgung anführen. Der Beschränkung auf die „jetzige“ Ehefrau im Zeitpunkt der Zusageerteilung lägen aber keine Risikoerwägungen, sondern eine bloße Zufälligkeit zugrunde. Von diesem Zeitpunkt hänge nicht etwa der Altersunterschied zwischen den Eheleuten und damit das Risiko einer längeren Zahlung der Witwen-/Witwerrente ab. Es komme auch nicht darauf an, ob die Ehefrau den Arbeitnehmer bei der Erfüllung arbeitsvertraglicher Verpflichtungen theoretisch länger unterstützt hat. Nach Auffassung des BAG ist danach die Einschränkung auf die „jetzige“ Ehefrau wegen Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, jedoch sei die dadurch entstandene Lücke in der Versorgungszusage durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen, da die streitgegenständliche Versorgungszusage vor Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Arbeitsverhältnisse erteilt wurde. Eine Streichung der Einschränkung würde den Arbeitgeber gänzlich unbeschränkt allen Risiken aussetzen, die bei einer späteren Eheschließung entstehen. Das BAG schließt die planwidrige Unvollständigkeit der Versorgungszusage durch ergänzende Vertragsauslegung in der Weise, dass die Hinterbliebenenversorgung nur an diejenige Ehefrau gezahlt werden soll, deren Ehe mit dem versorgungsberechtigten Arbeitnehmer bereits während des laufenden Arbeitsverhältnisses bestand.⁴⁶

Mit dieser Entscheidung beschränkt das BAG weiter die Freiheit des Arbeitgebers, den von ihm begünstigten Personenkreis, gerade bei einer „freiwillig“ erteilten Hinterbliebenenversorgung, nach eigener Wahl festzulegen.

V. Auslegung: Dynamische Bezugnahme auf Satzungsrecht der VBL endet mit Beendigung des Tarifvertrags

Anlässlich eines Rechtsstreits über die Frage, ob durch eine rückwirkende Änderung der Satzung der VBL in Versorgungsrechte aus betrieblicher Altersversorgung eingegriffen wurde, hat das BAG seine Rechtsprechung zu dynamischen Bezugnahmen auf das Satzungsrecht der VBL weiterentwickelt.⁴⁷ Das BAG hat entschieden, dass eine in einem Versorgungstarifvertrag enthaltene dynamische Verweisung auf das Satzungsrecht ihre Dynamik mit der Beendigung des Versorgungstarifvertrags und dessen Eintritt in die Nachwirkung verliert. Daher sei der Arbeitgeber an spätere Änderungen der VBL-Satzung auch dann nicht gebunden, wenn diese Änderungen auf einen Zeitpunkt vor der Beendigung des Versorgungstarifvertrags zurückwirken.⁴⁸ Wird arbeitsvertraglich der jeweils geltende Tarifvertrag in Bezug genommen, der seinerzeit dynamisch auf das Satzungsrecht der VBL verwies, und endet diese Dynamik wegen des Eintritts der Nachwirkung, erfasst die vertragliche Verweisklausel nicht spätere, ggf. rückwirkende Änderungen der VBL-Satzung.

VI. Änderung/Widerruf von Versorgungszusagen

1. Dynamischer Verweis in Betriebsvereinbarung auf externe Versorgungsbedingungen – Eingriff durch Einführung eines Antragserfordernisses

Bei der Durchführung betrieblicher Altersversorgung über externe Versorgungsträger werden in der Praxis regelmäßig Betriebsvereinbarungen abgeschlossen, die auf deren Versorgungsbedingungen in der jeweiligen Fassung verweisen. Jetzt hat das BAG die Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen durch spätere Änderung der in Bezug genommenen Versorgungsbedingungen konkretisiert.⁴⁹ Zwischen den Parteien bestand Streit, ob dem Erblasser, dessen Erben die Kläger sind, für die Zeit ab Eintritt der – vom Träger der gesetzlichen Rentenversicherung rückwirkend festgestellten – Erwerbsminderung eine betriebliche Berufsunfähigkeitsrente auch vor der entsprechenden Antragstellung an den ehemaligen Arbeitgeber bzw. Unterstützungskasse zustand. Der Erblasser war 2008 aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber ausgeschieden. Im Dezember 2009 beantragte er „Leistungen zur medizinischen Rehabilitation oder auf Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben“ bei der Deutschen Rentenversicherung Bund, die dies als Antrag auf Rente wegen verminderter Erwerbsfähigkeit wertete und mit Bescheid vom Januar 2011 eine solche rückwirkend ab dem 1.12.2009 gewährte. Die dem Erblasser ursprünglich als Gesamtzusage erteilte Versorgung sah eine betriebliche Erwerbsminderungsrente in Abhängigkeit vom Eintritt der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit im Sinne der gesetzlichen Rentenversicherung vor, ohne dass es eines Antrags bedurfte. Im Zuge einer kon-

44 BAG, 21.2.2017 – 3 AZR 297/15, Rn. 30ff., unter Hinweis auf BGH, 10.12.2013 – X ZR 24/13; vgl. BAG, 30.11.2010 – 3 AZR 798/08, BAGE 136, 222.

45 BAG, 21.2.2017 – 3 AZR 297/15, Rn. 32, BAG, 18.11.2010 – 3 AZR 277/07, AP Nr. 54 zu § 1 BetrAVG; BAG, 8.12.2015 – 3 AZR 141/14, AP Nr. 34 zu § 1 Hinterbliebenenversorgung.

46 BAG, 21.2.2017 – 3 AZR 297/15, Rn. 48 ff.

47 BAG, 21.3.2017 – 3 AZR 86/16, AP Nr. 36 zu § 1 Hinterbliebenenversorgung.

48 Vgl. Orientierungssatz BAG, 21.3.2017 – 3 AZR 86/16; Fortentwicklung von BAG, 19.9.2007 – 4 AZR 711/06, BAGE 124, 123, BB 2008, 447 m. BB-Komm. *Kast*.

49 BAG, 21.2.2017 – 3 AZR 542/15, AP Nr. 75 zu § 1 BetrAVG Ablösung; Anm. *Matthießen*, DB 2017, 1780.

zernweiten Harmonisierung der betrieblichen Altersversorgung wurde u. a. diese Gesamtzusage durch eine Konzernbetriebsvereinbarung (KBV) abgelöst, die die Altregelungen in eine mindestens wertgleiche Regelung überführen sollte. Diese KBV enthielt eine eigenständige, für die Versorgungsberechtigten günstigere (verglichen mit den Voraussetzungen der gesetzlichen Rentenversicherung) Definition der Berufsunfähigkeit und nahm für die Zahlung der Berufsunfähigkeitsrente Bezug auf Satzung und allgemeine Versicherungsbedingungen der eingeschalteten Unterstützungskasse in deren jeweiliger Fassung. Letztere setzen für die Rentenzahlung einen schriftlichen Antrag des Berechtigten voraus. Im Februar 2011 beantragte der Erblasser eine betriebliche Erwerbsminderungsrente ab dem 1.12.2009, die ihm jedoch erst ab dem Zeitpunkt der Antragstellung gewährt wurde.

Das BAG hat die Einführung des Antragserfordernisses durch die ablösende KBV als wirksam eingeordnet. Die dort enthaltene dynamische Verweisung auf Satzung und allgemeine Versicherungsbedingungen der Unterstützungskasse in der jeweiligen Fassung sei zulässig und wahre auch das Schriftformerfordernis des § 77 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BetrVG, da das Bezugsobjekt bei Abschluss der Betriebsvereinbarung in schriftlicher Form vorlag und im Verweis in eindeutiger Form bezeichnet wurde, so dass rechtssicher ein Bezug auf spätere Fassungen gewährleistet sei.⁵⁰ Durch die dynamische Verweisung habe sich der Konzernbetriebsrat auch nicht seiner Regelungsaufgabe entzogen. Der 3. Senat führt hierzu in den Entscheidungsgründen aus, dass ein Betriebsrat wegen der Anforderung der höchstpersönlichen Mandatsausübung keine Einigung mit dem Arbeitgeber schließen dürfe, die eine Regelung künftigen Normen vorbehalte, da darin ein unzulässiger Verzicht auf eine vorhersehbare und bestimmbare eigene inhaltliche Gestaltung liege.⁵¹ Im vorliegenden Fall sei aber eine Bezugnahme auf eine bei Abschluss der KBV bereits bestehende, konkrete und den Betriebsparteien inhaltlich bekannte Bestimmung (die den Rentenbeginn an den Zeitpunkt der Antragstellung knüpft) erfolgt und damit der Regelungsinhalt eindeutig bestimmt worden.

Im Rahmen der Prüfung, ob der Eingriff durch die Änderung der in Bezug genommenen externen Regelungen der Eingriffskontrolle standhält, bestätigt das BAG nochmals seine aktuelle Rechtsprechung zur Ablösbarkeit einer Gesamtzusage durch eine nachfolgende Betriebsvereinbarung. Da die betriebliche Altersversorgung nach der Gesamtzusage vom Arbeitgeber ersichtlich nach einheitlichen Regeln und damit als System erbracht werde, seien die Versorgungsregelungen von vornherein erkennbar einem etwaigen zukünftigen Änderungsbedarf ausgesetzt. Dies eröffne die Möglichkeit der Ablösung der damit betriebsvereinbarungsoffenen Regelungen durch kollektivvertragliche Regelungen.⁵² Im vorliegenden Fall hält die Einführung des Antragserfordernisses durch die KBV auch einer Überprüfung am Maßstab der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes stand. Diese Änderung sei nicht am dreistufigen Prüfungsschema zu messen, das nur für Eingriffe in die Höhe der Versorgungsanwartschaften gelte,⁵³ sondern unmittelbar an den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit. Diesen entspreche die Einführung des Antragserfordernisses vor allem vor dem Hintergrund, dass mit der Ablösung der ursprünglichen Gesamtzusage durch die KBV eine Berufsunfähigkeitsrente unter für die Versorgungsberechtigten bedeutend günstigeren Bedingungen zugesagt wurde. Die in Bezug genommene Regelung in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Rentenzahlung wäge die wechselseitigen Interessen von Arbeitgeber und Versorgungsberechtigten angemessen ab.

Die KBV sehe eine eigene, von der gesetzlichen Regelung der Erwerbsminderung abweichende und für die Arbeitnehmer erheblich günstigere Definition der Berufsunfähigkeit vor, so dass der Arbeitgeber aus Gründen der Planungssicherheit ein berechtigtes Interesse daran habe, möglichst zeitnah zu erfahren, in welchem Umfang Ansprüche auf Berufsunfähigkeitsrente gegen ihn erhoben werden: Da sich der Eintritt der Berufsunfähigkeit im Sinne der KBV nicht anhand gesetzlicher Bestimmungen feststellen lasse, müsse der Arbeitgeber rechtzeitig ein entsprechendes Prüfverfahren einleiten können. Ein Vertrauensschutz der Versorgungsberechtigten, dass eine Berufsunfähigkeitsleistung entsprechend der ursprünglichen Zusage ohne Antragstellung bezogen werden könne, bestehe nicht. Der 3. Senat hat auch den verlangten Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen Verletzung von Hinweis- und Aufklärungspflichten abgelehnt, ohne festzustellen, ob der Arbeitgeber solche verletzt hat. Der Vermutung, dass sich der Erblasser aufklärungsgemäß verhalten hätte, stehe entgegen, dass er 2009 bei der gesetzlichen Rentenversicherung gerade keinen Antrag auf Erwerbsminderungsrente, sondern auf Leistungen zur medizinischen Rehabilitation oder zur Teilhabe am Arbeitsleben gestellt habe und demzufolge davon ausging, er kehre nach Genesung an seinen Arbeitsplatz zurück.

Mit diesem Urteil führt das BAG seine Rechtsprechung zur Ablösbarkeit von Gesamtzusagen durch nachfolgende Betriebsvereinbarung und zur Eingriffskontrolle bei dynamischer Verweisung auf sich ändernde externe Regelungen stringent weiter. Auch wenn sich das BAG im vorliegenden Urteil nicht ausdrücklich mit seiner Rechtsprechung zur Unzulässigkeit dynamischer „Blankettverweise“ aus dem Jahr 2006⁵⁴ auseinandersetzt, dürfte es sich um eine Weiterentwicklung der entsprechenden Grundsätze handeln. Seinerzeit hatte das BAG eine Betriebsvereinbarung, die auf die „jeweils gültigen Betriebsvereinbarungen“ eines anderen Unternehmens (selbst wenn es sich um die Konzernmutter handelt) Bezug nahm, wegen des darin enthaltenen Verzichts der Betriebsparteien auf eine vorhersehbare und bestimmbare eigene inhaltliche Gestaltung für unwirksam erklärt. Insgesamt ist erfreulich, dass das BAG dynamische Verweisungen auf die Versorgungsbedingungen externer Versorgungsträger akzeptiert. Bei Betriebsvereinbarungen ist auf eine eindeutige Bezeichnung der in Bezug genommenen Regelungen zu achten.

2. Änderung einer zugesagten Renten Anpassungsregelung

Seine Rechtsprechung, dass Eingriffe in betriebliche Versorgungsanwartschaften, die nicht deren Höhe betreffen, unmittelbar anhand der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes zu überprüfen sind, hat das BAG in mehreren aktuellen Entscheidungen bestätigt.⁵⁵ Die weitgehend gleich gelagerten Fälle betrafen die Änderung von Regelungen zur Anpassung laufender Leistungen. Während die ursprünglich maßgebliche Versorgungsordnung die Anpassung

50 BAG, 21.2.2017 – 3 AZR 542/15, Rn. 25; unter Verweis auf BAG, 18.3.2014 – 1 AZR 807/12, BAGE 147, 273.

51 BAG, 21.2.2017 – 3 AZR 542/15, Rn. 28; vgl. BAG, 12.4.2011 – 9 AZR 229/10, BB 2012, 2955 m. BB-Komm. *Lipinski/Praß*; BAG, 28.3.2007 – 10 AZR 719/05.

52 BAG, 21.2.2017 – 3 AZR 542/15, Rn. 34ff.; BAG, 23.2.2016 – 3 AZR 44/14, AP Nr. 73 zu § 1 BetrAVG Ablösung, BB 2016, 1210; BAG, 10.3.2015 – 3 AZR 556/14, AP Nr. 68 zu § 1 BetrAVG Ablösung.

53 St. Rspr. des BAG, vgl. BAG, 21.12.2017 – 3 AZR 542/15, Rn. 39 m. w. N.

54 BAG, 22.8.2006 – 3 AZR 319/05, AP Nr. 30 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung.

55 BAG, 11.7.2017 – 3 AZR 513/16, AP Nr. 76 zu § 1 BetrAVG Ablösung, parallel BAG, 11.7.2017 – 3 AZR 365/16 und 3 AZR 601/16; BAG, 12.12.2017 – 3 AZR 370/16, führende Entscheidung zu weiteren teilweisen Parallelsachen; Anm. *Matthießen*, DB 2017, 2615.

des monatlichen Ruhegelds entsprechend der tariflichen „Entwicklung der Gehaltstarife“ vorsah, änderte eine nachfolgende Betriebsvereinbarung dies dahin, dass die Anpassung künftig „unter Berücksichtigung der Entwicklung der Gehaltstarife, der Lebenshaltungskosten bzw. der Realeinkommen sowie der wirtschaften Lage des Arbeitgebers“ festgelegt wurde.

Im Ergebnis fehlten nach Auffassung des BAG rechtfertigende Gründe für eine solche Änderung der Anpassungsregelungen. Wegen des zusätzlich eingefügten Kriteriums der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers wurde aus der bisherigen automatischen Anpassung entsprechend der Bruttogehaltsentwicklung eine Ermessensentscheidung des Arbeitgebers. Eine Mindestanpassung in Höhe der Änderung der Lebenshaltungskosten und der Reallöhne garantierte die Neuregelung nicht. Wegen der Gefahr, dass nach der Neuregelung die Anpassung des Ruhegelds vollständig unterbleiben oder hinter der Gehaltsentwicklung zurückbleiben könnte, wertet das BAG die Änderung als Eingriff in bestehende Versorgungsansprüche der Mitarbeiter. Auch wenn vorliegend die Betriebsvereinbarung auf Grundlage einer tariflichen Öffnungsklausel abgeschlossen war und Änderungen der Zustimmung der Tarifvertragsparteien unterlagen, stellt es für die Beurteilung des Eingriffs auf die Grundsätze zur Eingriffskontrolle für Betriebsvereinbarungen ab,⁵⁶ jedoch nicht auf das vom BAG in ständiger Rechtsprechung entwickelte dreistufige Prüfungsschema, sondern – weil der Eingriff nicht die Höhe der Versorgungsansprüche betraf – unmittelbar auf die zugrunde liegenden Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes.⁵⁷ Das BAG bestätigt in diesem Zusammenhang seine ständige Rechtsprechung zu Eingriffen in laufende Leistungen: In laufende Versorgungsleistungen dürfe nur eingegriffen werden, wenn tragfähige Gründe vorliegen. Daher könnten nach Eintritt des Versorgungsfalles in der Regel nur noch geringfügige Verschlechterungen gerechtfertigt sein, für die es sachlich nachvollziehbarer, willkürausschließender Gründe bedürfe. Für mehr als geringfügige Eingriffe müssten diese angesichts der vom Arbeitnehmer bereits vollständig erbrachten Gegenleistung durch ganz erheblich überwiegende Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Unabhängig von der Schwere des Eingriffs müssten die zur Rechtfertigung herangezogenen Gründe gerade den vorgenommenen Eingriff in dem Sinne tragen, dass ein innerer Zusammenhang zwischen der Neuregelung und den dafür herangezogenen Gründen besteht.⁵⁸ Nach Auffassung des BAG trugen die in den entschiedenen Fällen vorgebrachten Änderungsgründe (u. a. künftig strukturell andere Gehaltsentwicklung und Abbau von Überversorgung) den Wechsel von automatischer Rentenanpassung zu einer Ermessensentscheidung nicht. Da es im Ergebnis nicht darauf ankam, konnte das BAG erneut ausdrücklich offen lassen, ob die Betriebsparteien Regelungsmacht für aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedene Arbeitnehmer haben.⁵⁹

VII. Anpassung

1. Wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers: Aktive latente Steuern, CTA

Das BAG hat seine Rechtsprechung zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers im Rahmen der Anpassungsprüfung nach § 16 BetrAVG im Hinblick auf die Berücksichtigung in der Bilanz angesetzter aktiver latenter Steuern weiter präzisiert.⁶⁰ Weiter hat es seine Sichtweise bestätigt, ob und wie Treuhandvermögen zur Sicherung von Ansprüchen aus betrieblicher Altersversorgung aus einem Contractual

Trust Arrangement (CTA) in die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage einfließt.⁶¹ Im entschiedenen Fall war zwischen den Parteien streitig, ob die beklagte Bank dem Kläger die Anpassung seiner Betriebsrente zum Stichtag 1.1.2012 aufgrund ihrer wirtschaftlichen Lage verweigern durfte. Die ehemalige Arbeitgeberin des Klägers war nach seinem Ausscheiden mit unverfallbarer Anwartschaft auf die Beklagte nach Umwandlungsgesetz verschmolzen worden. Sowohl bei der verschmolzenen Bank als auch bei der Beklagten bestand ein CTA zur Finanzierung und Sicherung betrieblicher Altersversorgung.

In den Entscheidungsgründen bestätigt das BAG umfassend seine Rechtsprechung zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers nach § 16 Abs. 1 BetrAVG: Danach ist die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers eine zukunftsbezogene Größe, die dessen künftige Belastbarkeit beschreibt und eine Prognose voraussetzt. Ausgangspunkt ist die wirtschaftliche Entwicklung vor dem Anpassungsstichtag auf Grundlage der Jahresabschlüsse nach Handelsgesetzbuch (HGB), wobei betriebswirtschaftlich gebotene Korrekturen vorzunehmen sind. Eine zuverlässige Prognose verlangt dabei eine Auswertung der bisherigen Entwicklung über einen längeren repräsentativen Zeitraum, in der Regel mindestens drei Jahre. Eine Ausdehnung dieses Mindestzeitraums kommt insbesondere in Betracht, wenn die spätere wirtschaftliche Entwicklung des Arbeitgebers zu berechtigten Zweifeln an der ursprünglichen Prognose führt. Das BAG hat jetzt entschieden, dass in der HGB-Bilanz gemäß § 274 Abs. 1 S. 2 HGB ausgewiesene aktive latente Steuern wegen der mit ihnen verbundenen Unsicherheiten für die Beurteilung der künftigen wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens für die Erstellung einer Prognose im Rahmen des § 16 Abs. 1 BetrAVG nicht geeignet sind und diese deshalb auch nicht entkräften können. Die diesbezüglich in § 268 Abs. 8 HGB geregelte Gewinnausschüttungssperre, die den Gläubigerschutz gewährleisten soll,⁶² zeige die Wertung des Gesetzgebers, dass die der Berechnung der aktiven latenten Steuern zugrunde liegenden Annahmen zu unsicher seien, um die wirtschaftliche Lage einer Kapitalgesellschaft zuverlässig beurteilen zu können.⁶³ Ausgehend davon sei der – ohnehin freiwillige – Ansatz aktiver latenter Steuern in der Bilanz als Beurteilungsgrundlage für die Prognose einer künftigen wirtschaftlichen Entwicklung ungeeignet.

Nach Auffassung des BAG kommt es bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers, der ein CTA eingerichtet hat, regelmäßig nicht auf die wirtschaftliche Lage des eingeschalteten Treuhänders an. Nach der vertraglichen Gestaltung von CTAs seien die dem Treuhänder übertragenen Vermögenswerte dem direkten Zugriff des Arbeitgebers entzogen. Im entschiedenen Fall habe der Treuhänder durch die Treuhandvereinbarung nicht die Verpflichtung übernommen, mit Treuhandvermögen für die Anpassung der gesicherten Ansprüche einzustehen. Auch der Umstand, dass das Treuhandvermögen der Beklagten als wirtschaftliche Eigentümerin bilanziell zugerechnet und in deren

⁵⁶ BAG, 11.7.2017 – 3 AZR 513/16, Rn. 46 m. w. N.

⁵⁷ BAG, 11.7.2017 – 3 AZR 513/16, Rn. 49; st. Rspr., vgl. auch BAG, 14.12.2010 – 3 AZR 799/08; BAG, 9.11.1999 – 3 AZR 432/98.

⁵⁸ BAG, 11.7.2017 – 3 AZR 513/16, Rn. 51 ff.

⁵⁹ BAG, 11.7.2017 – 3 AZR 513/16, Rn. 35 ff.

⁶⁰ BAG, 21.2.2017 – 3 AZR 455/15, BAGE 158, 165, BB 2017, 1011 Ls, Anm. Neufeld, BB 2017, 1661.

⁶¹ Vgl. BAG, 15.4.2014 – 3 AZR 51/12, AP Nr. 97 zu § 16 BetrAVG, BB 2014, 2811 m. BB-Komm. Flockenhaus; BAG, 2.9.2014 – 3 AZR 952/12, AP Nr. 104 zu § 16 BetrAVG, BAG, 8.12.2015 – 3 AZR 348/14, BeckRS 2016, 67105.

⁶² Vgl. BT-Drs. 16/10067, 64.

⁶³ BAG, 21.2.2017 – 3 AZR 455/15, Rn. 54 m. w. N.

Jahresabschlüssen angesetzt werde, führt nicht zu dessen Berücksichtigung bei der wirtschaftlichen Lage der Beklagten.

Noch offen ist, ob aus dieser BAG-Entscheidung zur Nichtberücksichtigung in der Bilanz angesetzter aktiver latenter Steuern für die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers im Rahmen des § 16 Abs. 1 BetrAVG etwa Rückschlüsse auf andere Sachverhalte gezogen werden können, für die § 268 Abs. 8 HGB eine Ausschüttungssperre anordnet (z. B. Gewinne aus selbst geschaffenen immateriellen Vermögensgegenständen des Anlagevermögens oder eine die Anschaffungskosten übersteigende Zeitwertbewertung eines Deckungsvermögens der betrieblichen Altersversorgung gemäß § 246 Abs. 2 S. 2 HGB). Weiter stellt sich die Frage, wie bei der anhaltenden Niedrigzinsphase mit aus der unterschiedlichen Bewertung von Pensionsverpflichtungen resultierenden ausschüttungsgesperren Beträgen im Sinne von § 253 Abs. 6 HGB (Unterschiedsbetrag bei Rückstellungen für Altersversorgungsverpflichtungen aufgrund der Verwendung des durchschnittlichen Marktzinssatzes aus den vergangenen zehn Geschäftsjahren im Vergleich zu dem Zinssatz aus den vergangenen sieben Geschäftsjahren) umzugehen ist.

2. Anpassung von Pensionskassenrenten

Mit Urteil vom 11.7.2017⁶⁴ hat das BAG seine Rechtsprechung aus dem Jahr 2016⁶⁵ zur Anpassung von Pensionskassenrenten bestätigt, dass § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG in der Fassung vom 31.12.2015⁶⁶ keine Anwendung auf Anpassungstichtage vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung findet. § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG lässt die Anpassungspflicht des Arbeitgebers entfallen, wenn die betriebliche Altersversorgung über eine Pensionskasse durchgeführt wird und sämtliche auf den Rentenbestand entfallenden Überschussanteile zur Erhöhung der laufenden Leistungen verwendet werden. Die in der vorhergehenden Fassung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG geregelte zusätzliche Anforderung, dass zur Berechnung der garantierten Leistung der nach § 65 Abs. 1 Nr. 1a Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) festgesetzte Höchstzinssatz nicht überschritten wird, führte nach der Rechtsprechung des BAG zur Nichtanwendung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG a. F. auf regulierte Pensionskassen und wurde daraufhin vom Gesetzgeber gestrichen. Ausgehend von der Gesetzesbegründung ordnet das BAG die Gesetzesänderung vom 31.12.2015 als gesetzliche Neukonzeptionierung ein, die keine Rückwirkung auf vorangegangene Anpassungstichtage habe.

Auf diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber inzwischen erneut reagiert und mit Wirkung zum 24.8.2017 durch eine neue Übergangsvorschrift § 30c Abs. 1a BetrAVG im Rahmen des Betriebsrentenstärkungsgesetzes (BRSG)⁶⁷ nunmehr klargestellt, dass der aktuelle § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG auch auf Anpassungszeiträume vor dem 1.1.2016 Anwendung findet. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Versorgungsberechtigten vor dem 1.1.2016 bereits Klage auf Anpassung erhoben hatte.

VIII. Insolvenzversicherung

1. Keine Unterbrechung der Unverfallbarkeitsfristen durch Statuswechsel

Anlässlich eines Rechtsstreits über die Eintrittspflicht des PSVaG als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung für eine Versorgungsanwartschaft gemäß § 7 Abs. 2 BetrAVG hat das BAG seine langjährige Rechtsprechung bestätigt, dass der (auch wiederholte) Wechsel des Versorgungsberechtigten aus einem Arbeitsverhältnis gemäß § 17 Abs. 1 BetrAVG in ein Rechtsverhältnis als Nichtarbeitnehmer gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG den Lauf der Fristen für die gesetzliche

Unverfallbarkeit nicht berührt.⁶⁸ Dies gilt auch dann, wenn die erteilte Versorgungszusage während ihres Bestehens modifiziert wird.

2. Nicht vom Arbeitgeber gezahlte Pensionskassenbeiträge – Kein Aussonderungsrecht des Arbeitnehmers in der Insolvenz

Das BAG hat festgestellt, dass sich aus Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG über den Schutz der Arbeitnehmer in der Insolvenz des Arbeitgebers kein Aussonderungsrecht des Arbeitnehmers gemäß § 47 Insolvenzordnung (InsO) an vom Arbeitgeber pflichtwidrig nicht an die eingeschaltete Pensionskasse gezahlten Beiträgen ergibt.⁶⁹ Der spätere Insolvenzschuldner hatte dem Kläger eine tarifvertraglich geregelte betriebliche Altersversorgung durch Entgeltumwandlung („Altersvorsorgebetrag“) zugesagt, die über eine Pensionskasse durchgeführt wurde. Die Insolvenzschuldnerin entrichtete die durch Entgeltumwandlung finanzierten „Altersvorsorgebeiträge“ an die Pensionskasse, jedoch nicht mehr in allen Monaten vor Insolvenzeröffnung. Soweit diese nicht durch das Insolvenzgeld abgedeckt waren, verlangte der Kläger vom Insolvenzverwalter die Auskehrung der ausstehenden Beträge an ihn, hilfsweise an die Pensionskasse, da ihm insofern ein Aussonderungsrecht gemäß § 47 InsO zustehe. Nach Auffassung des BAG fehlt es an den Voraussetzungen einer Aussonderung nach nationalem Recht. Ein dingliches Recht an den Beträgen stehe dem Kläger nicht zu. Eine ausnahmsweise von der dinglichen Rechtslage abweichende Vermögenszuweisung, die etwa bei einem Treuhandverhältnis vorliegen kann, sei ebenfalls nicht gegeben. Es fehle bereits an einer von § 47 InsO vorausgesetzten Trennung der Beiträge vom Vermögen der Insolvenzschuldnerin. Der vom Kläger geforderten unionsrechtskonformen Auslegung oder richterlichen Rechtsfortbildung von § 47 InsO, nach der eine Aussonderung auch ohne Trennung des aussondernden Vermögens möglich sein soll, folgt das BAG nicht, eine solche übersteige die Grenze des rechtmethodisch Erlaubten.

3. Vorlagebeschluss an EuGH: Eintrittspflicht des PSVaG für Einstandspflicht des insolventen Arbeitgebers bei gekürzter Pensionskassenrente?

Das BAG hat den EuGH in einem Rechtsstreit um die Eintrittspflicht des PSVaG für die Kürzung einer laufenden Pensionskassenrente um Vorabentscheidung zur Auslegung und unmittelbaren Geltung von Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG ersucht.⁷⁰ Nach der Rechtsprechung des EuGH erfordert die ordnungsgemäße Umsetzung dieser unionsrechtlichen Regelung, dass ein Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers mindestens die Hälfte der Leistungen aus seiner betrieblichen Altersversorgung erhält. Allerdings hält der EuGH es für nicht ausgeschlossen, dass unter anderen Umständen die erlittenen Verluste, auch wenn ihr Prozentsatz ein anderer sei, als offensichtlich unverhältnismäßig angesehen werden könnten,⁷¹ ohne die Voraussetzungen dafür zu konkretisieren. Die von der Pensionskasse vorge-

64 BAG, 11.7.2017 – 3 AZR 691/16, AP Nr. 12 zu § 16 BetrAVG.

65 BAG, 13.12.2016 – 3 AZR 342/15, BAGE 157, 230.

66 Neufassung zum 31.12.2015 durch Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie vom 21.12.2015, BGBl. 2015 I, 2553.

67 Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (Betriebsrentenstärkungsgesetz) vom 17.8.2017, BGBl. 2017 I, 3214.

68 BAG, 25.4.2017 – 3 AZR 540/15, AP Nr. 42 zu § 17 BetrAVG, Anm. *Matthießen*, DB 2017, 1782; st. Rspr. vgl. BAG, 20.4.2004 – 3 AZR 197/03, BAGE 110/176.

69 BAG, 21.3.2017 – 3 AZR 718/15, BAGE 158,244, RIW 2017, 763, Anm. *Gossack*, EWIR 2017, 509.

70 BAG, 20.2.2018 – 3 AZR 142/16 (A).

71 EuGH, 24.11.2016 – C-454/15, *Webb-Sämann*, RIW 2017, 50.

nommene Kürzung der Renten wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten hatte die ehemalige Arbeitgeberin der Klägerin in der Vergangenheit aufgrund der Einstandspflicht aus § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG ausgeglichen. Nach deren Insolvenz verlangt die Klägerin, dass der PSVaG als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung für den Kürzungsbeitrag eintreten soll. Nach Auffassung des BAG sieht das nationale Recht für diesen Fall keine Eintrittspflicht des PSVaG vor. Da eine Haftung des PSVaG sich aus Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG ergeben könne, hat der 3. Senat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob diese Regelung auf die (wegen Zahlungsunfähigkeit ausfallende) Einstandspflicht des Arbeitgebers für Rentenkürzungen durch die eingeschaltete Pensionskasse Anwendung findet. Sollte der EuGH diese Frage bejahen, fragt das BAG nach den Voraussetzungen, unter denen der EuGH die Verluste des Versorgungsberechtigten nach Art. 8 der Richtlinie 2008/94/EG als offensichtlich unverhältnismäßig ansieht, auch wenn dieser mindestens die Hälfte seiner Versorgungsleistungen erhält, und ob die Richtlinie bei insoweit fehlender Umsetzung in nationales Recht unmittelbare Wirkung entfaltet. Bei unmittelbarer Wirkung der Richtlinie stellt das BAG die Frage, ob der – privatrechtlich organisierte – PSVaG in deren Sinne eine öffentliche Stelle des Mitgliedstaates ist. Hier ist die Entscheidung des EuGH abzuwarten.

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.



Christine Bleeck, RAin, Fachanwältin für Arbeitsrecht. Senior Consultant im Bereich Legal der Beratungsgesellschaft Willis Towers Watson in Wiesbaden. Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist das Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung.



Dr. Michael Karst, RA, Leiter der Practice Legal/Tax Accounting der Beratungsgesellschaft Willis Towers Watson in Deutschland. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das Arbeits- und Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung.



BAG: Zeitdynamische Bezugnahmeklausel bei Betriebsübergang

BAG, Urteil vom 30.8.2017 – 4 AZR 443/15
ECLI:DE:BAG:2017:300817.U.4AZR443.15.0

Volltext des Urteils: **BB-ONLINE BBL2018-499-1**
unter www.betriebs-berater.de

AMTLICHER LEITSATZ

Die Arbeitsvertragsparteien können grundsätzlich auch unwirksame Tarifverträge in Bezug nehmen. Für eine Annahme, sie hätten den Tarifvertrag nur für den Fall seiner Wirksamkeit in Bezug nehmen wollen, müssen sich aus der Auslegung des Arbeitsvertrags besondere Anhaltspunkte ergeben.

BGB § 613a

SACHVERHALT

Die Parteien streiten über Entgelt differenzen und in diesem Zusammenhang über die Frage, ob eine arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel auch nach einem Betriebsübergang dynamisch anwendbar ist.

Der Kläger ist bei der Beklagten als Rettungsassistent beschäftigt. Nach dem zwischen ihm und der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der DRKRP gGmbH, am 13. Februar 2007 geschlossenen Arbeitsvertrag wurde sein bisheriges Arbeitsverhältnis unter Anerkennung seiner bisherigen Betriebszugehörigkeit fortgesetzt. Weiter heißt es dort:

„§ 2 Arbeitsbedingungen

Das Arbeitsverhältnis regelt sich nach dem DRK-Tarifvertrag Land Brandenburg, zudem finden die für die RD gGmbH jeweils geltenden Betriebsvereinbarungen Anwendung.

...

§ 5 Vergütung / Abtretung

5.1. Die Eingruppierung des Arbeitnehmers erfolgt in die Entgeltgruppe I, Stufe 4 des DRK – Tarifvertrages Land Brandenburg. Weitere Steigerungen folgen den Regelungen sowie der Systematik des Tarifvertrages. ...“

Mit Schreiben vom 2. November 2008 teilte die Beklagte dem Kläger unter der Überschrift „Betriebsübergang nach § 613a, hier: Ermittlung des sozialen Besitzstandes“ mit, sie benötige im Hinblick auf das Angebot der Übernahme des Arbeitsverhältnisses ua. den Arbeitsvertrag, Gehaltsabrechnungen und sonstige für das Arbeitsverhältnis relevante Vereinbarungen. Es werde dann eine gemeinsame Feststellung erfolgen, über die ein Protokoll erstellt werde, „das nach Gegenzeichnung Bestandteil und Grundlage des Arbeitsverhältnisses“ werde.

Mit Schreiben vom 12. Dezember 2008 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie habe nach Einsichtnahme in die Personalunterlagen des derzeitigen Arbeitgebers ua. folgende Daten für die Weiterbeschäftigung erfasst:

„Beschäftigt seit dem 06.06.1994 zuletzt als Rettungsassistent

Tarif: DRK Land Brandenburg

Befristung: keine

Vergütungsgruppe: I Stufe 4 Zeitzuschläge: ja ...“

Der Kläger unterschrieb am Ende des Schreibens den Zusatz: „Ich bestätige hiermit die Richtigkeit der o.a. Daten“. Zum 1. Januar 2009 ging das Arbeitsverhältnis auf die Beklagte über.

Mit Schreiben vom 10. Juni 2014 machte der Kläger weitere Entgeltansprüche aus zwischenzeitlich vereinbarten Tarifierhöhungen mit der Begründung geltend, der DRK-Tarifvertrag für das Land Brandenburg (TV