

# Betriebs Berater

18 | 2017

Recht | Wirtschaft | Steuern

2.5.2017 | 72. Jg.  
Seiten 961–1024

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Florian Haase**, RA/FAStR

Hinzurechnungsbesteuerung – Quo vadis?

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Maximilian Mann** und **Till Wansleben**

Vollziehung von Beschlüssen der Gläubigerversammlung nach dem Schuldverschreibungsgesetz | 963

## STEUERRECHT

**Dr. Philipp J. Thiele**, LL.M. (Edinburgh), RA

Aktuelle Entwicklungen bei der steuerlichen Behandlung von Managementbeteiligungen | 983

**Dr. Sven Christian Gläser**, RA/StB, und **Dr. Daniel Zöller**, StB

Die Verteilung des Gewerbesteuer-Messbetrags nach § 35 Abs. 2 EStG bei unterjährigem Gesellschafterwechsel | 987

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Martin Weiss**, StB

Aktuelle Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen zur Anparabschreibung bzw. zum Investitionsabzugsbetrag des § 7g EStG | 1003

## ARBEITSRECHT

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

BB-Rechtsprechungsreport zur betrieblichen Altersversorgung 2016/2017 | 1012

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

# BB-Rechtsprechungsreport zur betrieblichen Altersversorgung 2016/2017

Der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hat durch seine Rechtsprechung im aktuellen Berichtszeitraum (April 2016 bis März 2017) viele Aspekte zum Rechtsgebiet der betrieblichen Altersversorgung vertieft und weiterentwickelt. Wie in den letzten Jahren hat sich das BAG wieder mit Fragen der Gleichbehandlung bzw. Diskriminierung (Teilzeitbeschäftigte, Ausschluss von Mitarbeitern mit individueller Zusage aus kollektivem Versorgungswerk) beschäftigt. Erstmals befasst hat sich das BAG mit den inhaltlichen Anforderungen an die Gestaltung beitragsorientierter Direktzusagen sowie an das Verlangen des Arbeitgebers bei der sog. versicherungsvertraglichen Lösung (§ 2 Abs. 2 S. 3 BetrAVG). Seine Rechtsprechung zu den Änderungsmöglichkeiten von Versorgungszusagen auf einzelvertraglicher Grundlage mit kollektivem Bezug hat es konsequent weitergeführt.

## I. Mitarbeiterbeiträge zur Pensionskasse: Umfassungszusage bei Zusagen vor 1.7.2002

Anlässlich eines Rechtsstreits zur Einstandspflicht des Arbeitgebers für die Herabsetzung von Pensionskassenleistungen hat das BAG festgestellt, dass die gesetzliche Regelung zur Umfassungszusage (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG), die mit Wirkung zum 1.7.2002 in Kraft getreten ist, auch auf Versorgungszusagen anwendbar ist, die vor dem 1.7.2002 erteilt wurden.<sup>1</sup> Damit hat es seine Rechtsprechung aus den Vorjahren fortentwickelt und die im Urteil vom 10.2.2015<sup>2</sup> noch offen gelassene Frage zur zeitlichen Anwendbarkeit des § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG beantwortet.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG steht der Arbeitgeber aufgrund seiner Einstandspflicht (§ 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG) für die Differenz ein, die sich aus der Leistungsherabsetzung durch den von ihm zur Durchführung betrieblicher Altersversorgung eingeschalteten Versorgungsträger ergibt. Wird eine Pensionskasse durch Arbeitgeberbeiträge und Mitarbeiterbeiträge finanziert (sog. Co-Finanzierung), greift die Einstandspflicht des Arbeitgebers jedenfalls, soweit die Leistungskürzung auf den arbeitgeberfinanzierten Teil entfällt. Dagegen wird ein vom Mitarbeiter aus eigenem Einkommen finanzierter Teil von der Einstandspflicht nur erfasst, soweit der Arbeitgeber eine Umfassungszusage (§ 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG) erteilt hat: Bei einer Umfassungszusage liegt betriebliche Altersversorgung (für die der Arbeitgeber einzustehen hat) auch hinsichtlich der Mitarbeiterbeiträge vor. Bei einer co-finanzierten Pensionskasse gewährt § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG dem Arbeitgeber nach Auffassung des BAG ein Wahlrecht, ob er eine „Umfassungszusage“ auch für die auf Mitarbeiterbeiträgen beruhenden Leistungen erteilt oder nicht. Die Erteilung der „Umfassungszusage“ könne sich sowohl aus einer ausdrücklichen Erklärung des Arbeitgebers als auch konkludent aus den Umständen ergeben. Liege keine ausdrückliche Zusage vor, müssten die Gesamtumstände den

Schluss zulassen, dass die Zusage auch die auf Mitarbeiterbeiträgen beruhenden Leistungen umfassen soll. Indiz für eine Umfassungszusage sei z. B., wenn die Mitarbeiterbeiträge zur Versorgung verpflichtend sind oder dass bei der Rentenberechnung nicht zwei getrennte Rentenstämme zu ermitteln seien.<sup>3</sup>

Das BAG schließt aus Gesetzesbegründung und Übergangsregelung (§ 30e BetrAVG), dass die – zum 1.7.2002 in Kraft getretene – Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG auch auf vor diesem Datum erteilte Versorgungszusagen anwendbar ist.<sup>4</sup> § 30e BetrAVG enthalte nur Einschränkungen für den zeitlichen Geltungsbereich des § 1 Abs. 2 Nr. 4 2. Halbsatz BetrAVG, nicht jedoch für den ersten Halbsatz, der die Umfassungszusage regelt. Die Gesetzesbegründung spreche ausdrücklich von einer „Klarstellung“ durch § 1 Abs. 2 Nr. 4 BetrAVG. Dies sei auch Zweck der Regelung gewesen.

Allerdings erhöht das BAG in Fällen „vorgesetzlicher Zusageerteilung“ die Anforderungen an die Annahme einer Umfassungszusage. Die beschriebenen Indizien (verpflichtender Mitarbeiterbeitrag, keine getrennte Berechnung der Rentenstämme), die bei ab dem 1.1.2002 erteilten Zusagen das Vorliegen einer Umfassungszusage nahelegen, reichen bei Zusageerteilung vor diesem Datum nicht aus.<sup>5</sup> Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Umfassungszusage weist das BAG dem Versorgungsberechtigten zu, der Ansprüche aufgrund der Einstandspflicht (§ 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG) geltend macht.<sup>6</sup> Im entschiedenen Fall hatte der Kläger nach Auffassung des BAG eine Umfassungszusage nicht dargelegt.

Die vom BAG vorgenommene Ausdehnung der Umfassungszusage auf Zeiträume vor ihrer gesetzlichen Kodifizierung erscheint vor dem Hintergrund problematisch, dass in diesen Fällen aufgrund von Indizien ein Wille des Arbeitgebers, für Mitarbeiterbeiträge im Rahmen einer Umfassungszusage eintreten zu wollen, angenommen werden kann.

## II. Inhaltliche Anforderung an Gestaltung beitragsorientierter Direktzusagen

Das BAG hat erstmals inhaltliche Anforderungen an die Ausgestaltung einer beitragsorientierten Leistungszusage formuliert.<sup>7</sup> § 1

1 BAG, 15.3.2016 – 3 AZR 827/14, BAGE 154, 213, BB 2016, 1662.

2 BAG, 10.2.2015 – 3 AZR 65/14, AP Nr. 12 zu § 1 BetrAVG Pensionskasse.

3 BAG, 15.3.2016 – 3 AZR 827/14, BAGE 154, 213, BB 2016, 1662, Rn. 40; BAG, 10.2.2015 – 3 AZR 65/14, AP Nr. 12 zu § 1 BetrAVG Pensionskasse, Rn. 43; BAG, 19.6.2012 – 3 AZR 408/10, BAGE 142, 72.

4 A. A. OLG Karlsruhe, 24.10.2013 – 9 U 120/12, VersR 2014, 614.

5 Insofern Klarstellung zu BAG, 10.2.2015 – 3 AZR 65/14, AP Nr. 12 zu § 1 BetrAVG Pensionskasse.

6 BAG, 15.3.2015 – 3 AZR 82/14; BAG, 10.2.2015 – 3 AZR 65/14, AP Nr. 12 zu § 1 BetrAVG Pensionskasse.

7 BAG, 30.8.2016 – 3 AZR 361/15 (für die aml. Sammlung), DB 2017, 254.

Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG enthält danach nicht allein eine Definition der beitragsorientierten Leistungszusage, sondern stellt auch inhaltliche Anforderungen: Voraussetzung sei, dass bereits bei der Umwandlung der Beiträge in eine Anwartschaft feststehen müsse, welche Höhe die aus den Beiträgen resultierende Leistung im Versorgungsfall mindestens hat.<sup>8</sup>

Im entschiedenen Fall war die Höhe einer Anwartschaft streitig. Eine Spielbank sagte ihren Mitarbeitern durch Gesamtbetriebsvereinbarung eine arbeitgeberfinanzierte Versorgung im Wege der Direktzusage zu. Der jährliche Basisanspruch beträgt bei Alters- und Dienstunfähigkeitsrenten 0,4% der pensionsfähigen Bezüge. Die Deckung der Versorgungsverpflichtungen erfolgt über eine tatsächliche Vermögensanlage in einem Anlagefonds („Rückstellung“), dem monatlich Beiträge in Höhe von 5% der pensionsfähigen Bezüge der Mitarbeiter zugeführt werden. Zinserträge der Vermögensanlage erhöhen die „Rückstellung“, Kosten und laufende Renten werden daraus entnommen. Nach der Versorgungsregelung wird der Wert des Fondsvermögens in der „Rückstellung“ jährlich ermittelt und mit der Summe der Anwartschaftsbarwerte und der laufenden Betriebsrenten aus der Leistungszusage festgestellt. Bei Abweichungen werden die Anwartschaftsbarwerte und die Betriebsrenten so korrigiert, dass sie insgesamt dem Wert der Fondsanteile entsprechen (korrigierter Basisrentenanspruch), ohne dass der Basisrentenanspruch unterschritten werden darf. Beide Werte (Basisrentenanspruch und korrigierter Basisrentenanspruch) teilt die Spielbank den Mitarbeitern jährlich mit. Diese Systematik soll die Versorgungsberechtigten an der Wertentwicklung der Vermögensanlage beteiligen.

Der Kläger verlangte vorliegend die Feststellung, dass der korrigierte Basisrentenanspruch nicht mehr unter den einmal festgestellten Höchstwert absinken dürfe. Dem entsprach das BAG nicht. Die Versorgungsregelung erlaube auch ein Absinken des korrigierten Basisanspruchs je nach Höhe der „Rückstellung“, jedoch nicht unter den Basisrentenanspruch.

Das BAG ordnet die streitgegenständliche Versorgungszusage als beitragsorientierte Leistungszusage im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG ein. Die Verpflichtung des Arbeitgebers beschränke sich nicht allein auf die Beitragszahlung in die „Rückstellung“,<sup>9</sup> sondern richte sich auf die Gewährung von Versorgungsleistungen auf Grundlage der eingezahlten Beiträge. Aus der Gesetzesbegründung leitet der 3. Senat ab, dass § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG die beitragsorientierte Leistungszusage nicht nur definiere, sondern – „trotz ihres missverständlichen Wortlauts“ – auch inhaltliche Anforderungen an diese aufstelle.<sup>10</sup> Bei Einführung der beitragsorientierten Leistungszusage in § 1 Abs. 6 BetrAVG a.F. habe der historische Gesetzgeber klargestellt, dass bei dieser ausdrücklich ein direkter Zusammenhang zwischen dem Finanzierungsbeitrag und der Höhe der daraus resultierenden Leistung besteht. Daraus leitet das BAG ein „Unmittelbarkeitserfordernis“ ab, das nur gewahrt sei, wenn die Versorgungsregelung sicherstelle, dass bereits bei der Umwandlung der Beiträge in eine Anwartschaft feststehe, welche Höhe die aus den Beiträgen resultierende Leistung im Versorgungsfall mindestens hat.<sup>11</sup> Diese Anforderung trage auch dem Versorgungscharakter betrieblicher Altersversorgung Rechnung. Dem Arbeitnehmer müsse es möglich sein, für den Versorgungsfall zu planen, um ggf. anderweitig Vorsorge zu treffen. Es sei daher mit § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG nicht zu vereinbaren, wenn das Anlagerisiko vollständig auf die Arbeitnehmer übertragen werde.

Nach Ansicht des BAG erfüllt die Versorgungsregelung im entschiedenen Fall das Unmittelbarkeitserfordernis nicht, da nicht die Beiträge in einen Mindestanspruch umgewandelt würden, sondern dessen Höhe von den jeweiligen pensionsfähigen Bezügen abhängig sei. Es sei insofern nicht sichergestellt, dass die auf den Arbeitnehmer entfallenden und an die „Rückstellung“ gezahlten Beiträge unmittelbar in eine Betriebsrentenanwartschaft umgewandelt werden. Der vom BAG festgestellte Verstoß gegen das Unmittelbarkeitserfordernis führte jedoch nicht zum Erfolg der Klage, da der Streitgegenstand ein anderer war.

Das BAG lässt in den Entscheidungsgründen Zweifel an der Zulässigkeit „ertragsabhängiger Direktzusagen“ anklingen. Zwar sei eine Abhängigkeit von Überschüssen in den Durchführungswegen Pensionskasse, Direktversicherung und Pensionsfonds zulässig, da diese der Versicherungsaufsicht unterliegen. Da bei rückdeckungsakzessorischen Direktzusagen die Finanzierung über eine aufsichtspflichtige Rückdeckungsversicherung erfolge, sei auch dort eine Anknüpfung an Überschüsse zulässig. Die Ausführungen des BAG könnten dahin verstanden werden, dass es die Zulässigkeit von Direktzusagen in Frage stellt, die die Entwicklung der durch Beiträge finanzierten Anwartschaft an die Wertentwicklung von Fondsanteilen oder eine fiktive Verzinsung anknüpft. Das BAG nimmt insofern einen von der bislang herrschenden Literaturmeinung – Nachweise zitiert das BAG ausdrücklich<sup>12</sup> – abweichenden Standpunkt ein, ohne sich im Einzelnen damit auseinanderzusetzen. Nicht abschließend klar wird auch, welche Rechtsfolge das BAG aus einem Verstoß gegen das Unmittelbarkeitserfordernis ableiten will.

Die von dieser Entscheidung behandelte Frage der Gestaltung beitragsorientierter Leistungszusagen hat weitreichende Bedeutung für die Praxis der betrieblichen Altersversorgung. Es ist davon auszugehen, dass das BAG vorliegend Mindestanforderungen für eine arbeitgeberfinanzierte beitragsorientierte Leistungszusage definiert hat. Danach ist eine beitragsorientierte Leistungszusage, die eine feste Leistungsumrechnung von Beiträgen in Leistungen zusagt, zulässig. Zur Höhe der „Mindestleistung“ hat sich das BAG nicht geäußert. Dass jedoch z.B. die Festlegung von „Mindestleistungen“ im Sinne der Summe der für den Mitarbeiter im Arbeitsverhältnis tatsächlich bereitgestellten Beiträge ausreicht, lässt sich aus der Aussage ableiten, dass die vollständige Übertragung des Anlagerisikos auf den Arbeitnehmer ausgeschlossen sein müsse. Gewährt der Arbeitgeber über die Mindestleistung hinaus dann zusätzliche Leistungen (sei es in Anknüpfung an Erträge und Überschüsse), so stellt dies eine vertragliche Besserstellung dar, die nach § 17 BetrAVG immer zulässig ist. „Freiwillige“ Überschüsse, auch wenn sie aus einer Anbindung an Fonds herrühren, stehen daher konsequenterweise einer Qualifikation als beitragsorientierte Leistungszusage nicht entgegen. Offen ist, ob das BAG das Erfordernis der Mindestleistung nur für die Altersleistung annimmt oder auch für Risikoleistungen.

<sup>8</sup> Vgl. Leitsatz von BAG, 30.8.2016 – 3 AZR 361/15, DB 2017, 254.

<sup>9</sup> Eine reine Beitragszusage ist zwar zulässig, unterfällt aber nicht dem Betriebsrentengesetz, vgl. BAG, 30.8.2016 – 3 AZR 361/15, DB 2017, 254, Rn. 31; BAG, 15.3.2016 – 3 AZR 827/14, BB 2016, 1662, Rn. 28 m. w. N.

<sup>10</sup> BAG, 30.8.2016 – 3 AZR 361/15, DB 2017, 254, Rn. 34.

<sup>11</sup> BAG, 30.8.2016 – 3 AZR 361/15, DB 2017, 254, Rn. 37.

<sup>12</sup> A. A. Höfer, BetrAVG, Bd. I, Stand April 2016, § 1, Rn. 27; Steinmeyer, in: Erfurter Kommentar, 16. Aufl. 2016, § 1 BetrAVG, Rn. 15; Kemper u. a., BetrAVG, 7. Aufl. 2016, § 1, Rn. 445 ff.

### III. Anspruchsgrundlagen betrieblicher Altersversorgung – Keine Begründung einer betrieblichen Übung durch langjährige überhöhte Rentenzahlung

Die Zahlung einer (irrtümlich gewährten) überhöhten Rentenzahlung allein begründet keine betriebliche Übung, auch wenn sie über einen langen Zeitraum erfolgt.<sup>13</sup> Der Arbeitgeber hatte nach über 17 Jahren Rentenbezug die monatliche Rente unter Hinweis auf eine fehlerhafte Rentenberechnung abgesenkt. Dies reicht nach dem BAG nicht für die Begründung einer betrieblichen Übung aus, die nur entsteht, wenn keine andere (kollektiv- oder individualrechtliche) Anspruchsgrundlage für die Zahlung besteht. Erforderlich wäre gewesen, dass der Arbeitgeber die überhöhte Leistung bewusst erbringt und die Arbeitnehmer bzw. Versorgungsempfänger annehmen dürfen, dass er über die Regelungen in der Versorgungszusage hinausgehende Leistungen erbringen wollte. Hierzu müssen – abgesehen von der Rentenzahlung allein – besondere Anhaltspunkte vorliegen, für die der Versorgungsberechtigte darlegungspflichtig ist. Das Recht des Arbeitgebers, seinen Fehler bei der Rentenberechnung zu korrigieren, ist grundsätzlich auch bei längerem Rentenbezug nicht verwirkt.

### IV. Gleichbehandlung/AGG

#### 1. Keine Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten: Bemessung des ruhegeldfähigen Einkommens nach durchschnittlichem Teilzeitgrad

Das BAG hat bestätigt, dass eine Versorgungsregelung, die bei Teilzeitbeschäftigten denjenigen Anteil der ruhegeldfähigen Bezüge eines Vollzeitbeschäftigten zugrunde legt, der dem Verhältnis der durchschnittlichen Teilzeitquote während des gesamten Arbeitsverhältnisses zur regelmäßigen tariflichen Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten entspricht, keine unzulässige Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten darstellt. Dies gilt auch dann, wenn gleichzeitig die Steigerungsbeträge auf höchstens 25 anrechenbare Dienstjahre begrenzt sind.<sup>14</sup>

Nach dem Pro-rata-temporis-Grundsatz in § 4 Abs. 1 S. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) müssen Teilzeitbeschäftigte Leistungen der betrieblichen Altersversorgung mindestens in der Höhe erhalten, die dem Umfang ihrer Arbeitszeit im Verhältnis zur Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten entspricht. Vergleichbar sind dabei nur Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte mit gleich langer Betriebszugehörigkeit. Im entschiedenen Fall war der Kläger die ersten 27 Jahre seiner Dienstzeit in Vollzeit beschäftigt, danach weitere 16 Jahre in Teilzeit mit unterschiedlichen Beschäftigungsgraden. Die Versorgungsregelung gewichtet das anrechenbare tarifliche Monatsgehalt mit dem durchschnittlichen Beschäftigungsgrad in der anrechenbaren Dienstzeit (Höchstbegrenzung der Steigerungsbeiträge auf 25 anrechnungsfähige Dienstjahre). Der Kläger sah sich wegen seiner Teilzeitbeschäftigung diskriminiert: Ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, der nach 25 Dienstjahren aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet und Altersrente bezieht, erhalte den Höchstsatz der anrechenbaren Bezüge, dagegen ein Arbeitnehmer, der in den ersten 25 Jahren seines Arbeitsverhältnisses vollzeitbeschäftigt gewesen sei, bis zum Eintritt in den Ruhestand jedoch in Teilzeit arbeite, ein niedrigeres Ruhegeld. Das BAG hat einen Verstoß gegen § 4 Abs. 1 TzBfG verneint, da die vorlie-

gende Regelung den Pro-rata-temporis-Grundsatz wahre. Dieser gebiete es nicht, den Beschäftigungsgrad nur bezogen auf die ersten 25 Dienstjahre der anrechenbaren Dienstzeit zu ermitteln. Die Versorgungsleistung werde vielmehr während der gesamten anrechenbaren Dienstzeit erdient (auch soweit sie 25 Dienstjahre überschreitet). Im Rahmen des § 4 Abs. 1 S. 2 TzBfG seien damit regelmäßig nur Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigte mit einer gleich langen Beschäftigungszeit vergleichbar.

In dieser Entscheidung hat das BAG ausdrücklich klargestellt, dass der betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bezüglich Ungleichbehandlungen, die an verpönte Merkmale gemäß § 1 AGG oder an die Teilzeitbeschäftigung anknüpfen, keine höheren Anforderungen stellt als § 3 AGG oder § 4 Abs. 1 TzBfG.

#### 2. Ausschluss von Mitarbeitern mit individueller Zusage aus kollektivem Versorgungswerk nur eingeschränkt zulässig

Ein in der betrieblichen Praxis häufig vorgesehener Ausschluss von Mitarbeitern, die eine individuelle Zusage auf betriebliche Altersversorgung erhalten haben bzw. noch erhalten, aus dem Geltungsbereich eines kollektiven Versorgungswerks ist nach Ansicht des BAG nicht uneingeschränkt zulässig, sondern nur dann, wenn die Betriebsparteien davon ausgehen konnten, dass die Mitarbeiter mit individuellen Versorgungszusagen im Versorgungsfall typischerweise eine zumindest annähernd gleichwertige Versorgung wie nach dem kollektiven Versorgungswerk erhalten.<sup>15</sup>

Im entschiedenen Fall verfügte ein Mitarbeiter bei Eintritt in das Arbeitsverhältnis über eine Zusage auf betriebliche Altersversorgung (durchgeführt über einen externen Versorgungsträger). Da zum Eintrittszeitpunkt die kollektivrechtliche Versorgung beim Arbeitgeber für Neueintritte geschlossen war, vereinbarten die Parteien die Weiterführung dieser Zusage unter gleichzeitigem Ausschluss einer allgemeinen betrieblichen Altersversorgung. In der Folgezeit traten beim Arbeitgeber kollektive Versorgungsordnungen in Kraft, unter deren persönlichen Geltungsbereich auch der Mitarbeiter gefallen wäre. Eine Versorgungsordnung (VO 2007) nahm Mitarbeiter mit einzelvertraglicher Zusage ausdrücklich aus dem Geltungsbereich aus („Nicht erfasst sind auch Mitarbeiter, die eine einzelvertragliche Zusage erhalten oder erhalten haben.“). Nach Eintritt des Versorgungsfalls berief sich der Mitarbeiter auf die Unwirksamkeit des Ausschlusses und forderte vom Arbeitgeber – zusätzlich zu den Leistungen des externen Versorgungsträgers – Versorgungsleistungen nach der VO 2007. Der Arbeitgeber wandte dagegen den mit dem Mitarbeiter beim Eintritt vereinbarten Verzicht auf die allgemeine Versorgung ein.

Im Rahmen der Zurückverweisung an die Vorinstanz hat das BAG allgemeine Grundsätze zum Verhältnis von individualvertraglichen zu kollektivrechtlichen Versorgungsregelungen aufgestellt. Nach Ansicht des BAG kann eine kollektivrechtliche Versorgungsregelung grundsätzlich Arbeitnehmer aus ihrem Geltungsbereich ausschließen, die bei deren Inkrafttreten bereits über eine individuelle Versorgungszusage verfügen, wenn diese zumindest annähernd gleichwertige Versorgungsleistungen gewährt. Die zwingende Wirkung einer kollektivrechtlichen Regelung werde damit nicht zur Disposition gestellt, da

13 BAG, 19.5.2016 – 3 AZR 131/15, FamRZ 2016, 1683 (red. Leitsatz).

14 BAG, 19.4.2016 – 3 AZR 526/14, AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Teilzeit, DB 2016, 1882; Bestätigung von BAG, 28.5.2013 – 3 AZR 266/11, AP Nr. 17 zu § 1 BetrAVG Teilzeit.

15 BAG, 19.7.2016 – 3 AZR 134/15, BB 2016, 2810.

die ausgenommenen Arbeitnehmer schon gar nicht unter deren Geltungsbereich fielen. Offen gelassen hat der 3. Senat, ob ein Ausschluss von Arbeitnehmern zulässig ist, die erst nach Inkrafttreten der Betriebsvereinbarung – unter deren Geltungsbereich sie bereits fielen – eine Individualzusage erhalten, aber Zweifel daran angedeutet.<sup>16</sup> Grundsätzlich hält das BAG es für zulässig, Arbeitnehmer von einem kollektiven Versorgungssystem auszuschließen, wenn der damit verfolgte Versorgungszweck bereits durch eine individuell vom Arbeitgeber zugesagte Leistung erreicht wird. Dies gelte allerdings nur dann, wenn die Betriebsparteien unter Berücksichtigung des ihnen zustehenden Beurteilungsspielraums und ihrer Einschätzungsprärogative davon ausgehen konnten, dass die Arbeitnehmer mit individuellen Zusagen im Versorgungsfall typischerweise eine zumindest annähernd gleichwertige Versorgungsregelung erhalten.<sup>17</sup> Der Umstand, dass Arbeitnehmer mit Einzelzusage noch vom Geltungsbereich der Vorgängerregelungen erfasst wurden, spreche nicht gegen einen wirksamen Ausschluss. Den Betriebsparteien bleibe es vorbehalten, ihre Regelungsziele zu ändern, soweit der betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlung genügt ist.<sup>18</sup>

Nach der Vorgabe des BAG muss die Vorinstanz nun feststellen, ob hier die Mitarbeiter mit Einzelzusagen typischerweise eine annähernd dem Versorgungsniveau der VO 2007 entsprechende Versorgung erhalten. Im Verhältnis von vertraglich begründeten Ansprüchen und anspruchsbegründenden Normen einer Betriebsvereinbarung gilt das Günstigkeitsprinzip.<sup>19</sup> Sind die einzelvertraglichen Vereinbarungen günstiger, treten die ansonsten unmittelbar und zwingend geltenden Normen einer Betriebsvereinbarung (§ 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG) zurück. Für die Durchführung des Günstigkeitsvergleichs gibt das BAG detaillierte Hinweise: Einzelvertragliche Regelung und normativ geltende Regelung (Betriebsvereinbarung) seien zu dem Zeitpunkt zu vergleichen, in dem sie kollidieren, und zwar im Wege des sog. Sachgruppenvergleichs (Vergleich der in innerem Zusammenhang stehenden Teilkomplexe der unterschiedlichen Regelungen) unabhängig vom konkreten Anwendungsfall.<sup>20</sup> Hänge es vom Einzelfall ab, ob die einzelvertragliche Regelung günstiger sei oder nicht (sog. ambivalente Regelungen), sei keine Günstigkeit gegeben, bei Zweifeln an der Günstigkeit einzelvertraglicher Regelungen bleibe es bei der zwingenden Geltung der Betriebsvereinbarung. Die Partei, die sich auf die Günstigkeit einer individualvertraglichen Vereinbarung beruft (in der vorliegenden Konstellation also der Arbeitgeber), trägt insofern die Darlegungs- und Beweislast.

Ist nach dem Günstigkeitsvergleich der Ausschluss von Mitarbeitern mit einzelvertraglicher Zusage in der VO 2007 unwirksam, kann der Arbeitgeber nach Auffassung des BAG Leistungen aus der einzelvertraglichen Versorgungszusage teilweise auf die künftige Altersrente des Klägers aus der VO 2007 anrechnen. Diese Anrechenbarkeit folgt dem BAG – auch ohne ausdrückliche Anrechnungsklausel in der Versorgungszusage – aus der Wirkungsweise des § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG i.V.m. dem Günstigkeitsprinzip. Eine ungünstigere einzelvertragliche Regelung würde für die Dauer der Geltung der Betriebsvereinbarung verdrängt.<sup>21</sup> Aus der VO 2007 samt Vorgängerregelungen sei zu erkennen, dass die Betriebsparteien den Arbeitnehmern weitere betriebliche Versorgungsleistungen nicht zusätzlich zu einer bereits bestehenden Versorgung gewähren wollten. Scheide eine Rückabwicklung der verdrängten Einzelzusage aus (etwa bei Finanzierung über einen externen Versorgungsträger), lasse sich ein Zustand ohne Einzelzusage nur herstellen, wenn die Versorgungsleistungen aus der ver-

drängten Einzelzusage auf diejenigen aus der VO 2007 angerechnet würden. Dem stehe § 5 Abs. 2 S. 1 BetrAVG nicht entgegen.<sup>22</sup> Die Anrechnung müsse jedoch danach differenzieren, für welche Beschäftigungszeiten die Leistungen erworben und wie sie finanziert wurden (arbeitgeber- oder arbeitnehmerfinanziert).

Durch diese Rechtsprechung beschränkt das BAG die in der Praxis häufig genutzte Möglichkeit, Mitarbeiter mit individuellen Versorgungszusagen aus dem Geltungsbereich eines kollektivrechtlichen Versorgungswerks auszuschließen. Um die Wirksamkeit eines Ausschlusses festzustellen, wird zukünftig ein im Einzelfall schwieriger Sachgruppenvergleich anzustellen sein. Allerdings soll den Mitarbeitern bei unwirksamem Ausschluss keine doppelte Versorgung zustehen. Dies stellt das BAG sicher, indem es bei nicht rückabwickelbarer Versorgung ausnahmsweise auch ohne ausdrückliche Anrechnungsklausel eine Anrechnung einzelvertraglicher Versorgungsleistungen zulässt.

## V. Auslegung von Versorgungszusagen

### 1. Tarifentgelt als versorgungsfähige Vergütung

Eine Versorgungszusage kann die für die Höhe der Betriebsrente maßgebliche versorgungsfähige Vergütung auf einzelne Bestandteile des Tarifentgelts beschränken und muss nicht sämtliche tariflichen Vergütungsbestandteile zugrunde legen.<sup>23</sup> Im entschiedenen Fall regelte die Versorgungszusage (Gesamtversorgung) die Höhe der versorgungsfähigen Vergütung nach dem tariflichen Gehalt der Mitarbeiter. Sie definierte sie abschließend als „Grundvergütung, Ortszuschlag und tarifliche Stellenzulage“ und nahm weitere Gehaltsbestandteile (u.a. „sonstige Zulagen“) ausdrücklich aus. Eine später durch Tarifvertrag eingeführte Zulage, die sich ausgehend von der Höhe von Grundvergütung, Ortszuschlag und Stellenzulage ermittelte, war dort als nicht ruhegehaltsfähig erklärt. Das BAG hat bestätigt, dass der Arbeitgeber die versorgungsfähige Vergütung auf einzelne Bestandteile tariflichen Entgelts beschränken kann. Eine vom Kläger gerügte Auszehrung der zugesagten Versorgung durch Einführung nicht versorgungsfähiger Zulagen lag nicht vor, da durch den Tarifvertrag auch das sonstige versorgungsfähige Einkommen erhöht wurde.

### 2. Bestimmung einer Versorgungsleistung: Verzinsung eines Versorgungskapitals

Das BAG hat sich im Rahmen der Bestimmung von Versorgungsleistungen nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) damit befasst, ob ein vom Arbeitgeber festgelegter Zinssatz für die Auszahlung eines Versorgungskapitals in mehreren Jahresraten als billig anzusehen ist.<sup>24</sup> Im entschiedenen Fall stritten die Parteien über die Höhe der Verzinsung einer Kapitalleistung aus betrieblicher Altersversorgung. Der Kläger hatte auf Grundlage einer Gesamtbetriebsvereinbarung Entgelt

16 BAG, 19.7.2016 – 3 AZR 134/15, BB 2016, 2810, Rn. 27.

17 BAG, 19.7.2016 – 3 AZR 134/15, BB 2016, 2810, Rn. 34.

18 BAG, 19.7.2016 – 3 AZR 134/15, BB 2016, 2810, Rn. 35, unter ausdrücklicher Aufgabe der Rspr. aus BAG, 28.6.2011 – 3 AZR 448/09.

19 St. Rspr. des BAG, vgl. BAG, 16.9.1986 – GS 1/82, BAGE 53, 42, BB 1984, 2067 Ls; BAG, 5.3.2013 – 1 AZR 417/12, RIW 2013, 637.

20 BAG, 19.7.2016 – 3 AZR 134/15, BB 2016, 2810, Rn. 45 im Anschluss an die Rspr. des 4. Senats zu § 4 Abs. 3 TVG.

21 BAG, 19.7.2016 – 3 AZR 134/15, BB 2016, 2810, Rn. 60.

22 BAG, 19.7.2016 – 3 AZR 134/15, BB 2016, 2810, Rn. 59.

23 BAG, 19.7.2016 – 3 AZR 141/15, NZA-RR 2016, 604, BB 2016, 2484 (red. Leitsatz).

24 BAG, 30.8.2016 – 3 AZR 272/15, NZA 2016, 1541, BetrAV 2016, 725.

umgewandelt und dadurch eine Anwartschaft auf eine Versorgungsleistung in Form eines Versorgungskapitals erworben. Die mit dem Betriebsrat vereinbarte Auszahlungsrichtlinie sah eine Auszahlung des Versorgungskapitals in maximal zwölf Jahresraten vor. Noch nicht ausgezahltes Versorgungskapital war danach jährlich mit „einem marktüblichen Zinssatz“ zu verzinsen, der abhängig von der durchschnittlichen Ratenlaufzeit sein soll und vom Unternehmen vor Auszahlung der ersten Rate festzulegen war. Im Auszahlungsplan für den Kläger, dem dieser zustimmte, sah der Arbeitgeber bei zwölf Jahresraten einen Zinssatz von 0,87 % p. a. vor, beruhend auf der Zinsstrukturkurve für deutsche und französische Nullkuponanleihen mit der Laufzeit von 5,5 Jahren. Der Kläger verlangte einen höheren Zinssatz für die Verzinsung seiner ausstehenden Raten.

Nach Auffassung des BAG hat der Arbeitgeber im entschiedenen Fall den Zinssatz nach dem ihm durch die Auszahlungsrichtlinie eingeräumten einseitigen Leistungsbestimmungsrecht (§ 315 BGB) nach billigem Ermessen festgelegt. Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verlangt nach ständiger Rechtsprechung eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Welche Umstände dies sind, hängt dabei auch von der Art der Leistungsbestimmung ab.<sup>25</sup> Da die Auszahlungsrichtlinie nicht ausdrücklich regelte, was unter „einem marktüblichen Zinssatz“ zu verstehen sei, war diese auszulegen. Nach dieser Formulierung durfte der Arbeitgeber nicht nur verschiedene Zinssätze, sondern auch verschiedene ihm zugängliche Märkte in Betracht ziehen, ohne dass eine Verpflichtung bestand, das Versorgungskapital entsprechend anzulegen.

Nach Auffassung des BAG entsprach die Festsetzung des Zinssatzes durch den Arbeitgeber billigem Ermessen. Da es bei der Verzinsung nach der Auszahlungsrichtlinie nicht um den Aufbau eines Versorgungskapitals in der Anwartschaftsphase, sondern um die Verzinsung einer Kapitaleistung nach ihrer Fälligkeit ab Eintritt des Versorgungsfalles gehe, müsse – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht etwa auf den Zinssatz einer von ihm selbst abgeschlossenen und finanzierten Kapitallebens- oder Rentenversicherung abgestellt werden. Anknüpfungspunkt für die Wahl eines Zinssatzes zur Verzinsung bereits angesparten Versorgungskapitals sei vielmehr, auf welchem Markt zu welchem Zinssatz eine sichere Anlage möglich sei. Vor diesem Hintergrund seien daher die Zinssätze für risikoarme Finanzanlagen, wie etwa deutsche und französische Staatsanleihen, als marktüblich anzusehen. Die vom Arbeitgeber bei der Wahl des Zinssatzes berücksichtigte Laufzeit entspreche auch den Vorgaben der Auszahlungsrichtlinie.

Das BAG hat in der vorliegenden Entscheidung deutlich herausgearbeitet, dass die Bestimmung eines marktüblichen Zinssatzes nach billigem Ermessen für eine Versorgungsanwartschaft nach anderen Gesichtspunkten erfolgen kann als für ein nach Eintritt des Versorgungsfalles grundsätzlich fälliges Versorgungskapital. Da bei Letzterem eine sichere Anlage am Finanzmarkt im Vordergrund stünde, hält das BAG hier den Ansatz eines sehr niedrigen Zinssatzes – unter Berücksichtigung der Niedrigzinsphase – für ausreichend. Erfreulich ist, dass das BAG damit der derzeitigen tatsächlichen Lage am Finanzmarkt Rechnung trägt. Unklar bleibt weiterhin, ob bei einer Auszahlung eines Kapitals in Raten eine Anpassungspflicht nach § 16 BetrAVG besteht.

## VI. Unverfallbarkeit/unverfallbare Anwartschaft – Verlangen des Arbeitgebers bei versicherungsvertraglicher Lösung nach § 2 Abs. 2 S. 3 BetrAVG

Das BAG hat die Anforderungen an eine wirksame Erklärung des Arbeitgebers zur Wahl der sog. versicherungsvertraglichen Lösung gemäß § 2 Abs. 2 S. 3 BetrAVG präzisiert und deutlich verschärft.<sup>26</sup> Entgegen der weit verbreiteten betrieblichen Praxis reicht es nach Auffassung des BAG nicht aus, dass die versicherungsvertragliche Lösung in der Versorgungsordnung festgelegt ist, sondern das Verlangen des Arbeitgebers muss spätestens drei Monate nach dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer mit unverfallbarer Anwartschaft vorzeitig aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, diesem und dem Versicherer gegenüber erklärt werden. Ein Verlangen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei nur dann wirksam, wenn zum Zeitpunkt des Zugangs dieser Erklärung beim Arbeitnehmer und dem Versicherer ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang mit der bevorstehenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehe.

Versicherungsförmige Versorgungsleistungen über Direktversicherung oder Pensionskassen sehen regelmäßig vor, dass bei vorzeitigem Ausscheiden des Arbeitnehmers und Vorliegen der gesetzlichen Unverfallbarkeitsvoraussetzungen die Haftung des Arbeitgebers im Rahmen der versicherungsvertraglichen Lösung gemäß § 2 Abs. 2 S. 3 BetrAVG begrenzt werden kann (gegenüber der sonst geltenden rätierlichen Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft gemäß § 2 Abs. 1 BetrAVG, die ggf. den Wert der Versicherung übersteigt). Die versicherungsvertragliche Lösung, die dem Arbeitgeber die Übertragung der Versicherung zur Weiterführung auf den ausgeschiedenen Arbeitnehmer oder dessen neuen Arbeitgeber erlaubt, setzt die Erfüllung der in § 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG normierten Anforderungen voraus: Neben den sog. sozialen Auflagen (Verwendung der Überschussanteile aus dem Vertrag vom Versicherungsbeginn an für Leistungsverbesserung; Recht des Arbeitnehmers, die Versicherung nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis mit eigenen Beiträgen fortzuführen) muss der Arbeitgeber die versicherungsvertragliche Lösung drei Monate nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers verlangen. Im entschiedenen Fall hat der Arbeitgeber auf die Geltung der versicherungsvertraglichen Lösung in einem Schreiben an die Klägerin, das dieser acht Monate vor ihrem Ausscheiden zugeht, hingewiesen, weiter in einem Schreiben, das einen Monat nach dem Ausscheiden der Klägerin datiert, dessen Zugang jedoch streitig ist.

Das BAG hat den Rechtsstreit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an die Vorinstanz zurückverwiesen – mit detaillierten Vorgaben zur versicherungsvertraglichen Lösung. Gemäß § 2 Abs. 2 S. 3 BetrAVG muss der Arbeitgeber das Verlangen spätestens drei Monate nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer und dem Versicherer gegenüber erklären. Nach Auffassung des BAG ist eine wirksame Erklärung bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur dann möglich, wenn zum Zeitpunkt ihres Zugangs beim Arbeitnehmer und dem Versicherer ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang mit der bevorstehenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht.<sup>27</sup> Der Gesetzeszweck erfordere auch eine Klarheit des Arbeit-

25 St. Rspr. des BAG, vgl. BAG, 10.7.2013 – 10 AZR 915/12, BAGE 145, 341.

26 BAG, 19.5.2016 – 3 AZR 794/14 (für die amtli. Sammlung), BB 2016, 2236 mit BB-Komm. Horbrügger.

27 BAG, 19.5.2016 – 3 AZR 794/14, BB 2016, 2236, Rn. 30 ff.

nehmers hinsichtlich der Versicherung. Da eine Weiterführung der Versicherung vorgesehen ist, müsse es dem Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung ohne Weiteres möglich sein, auf Angaben zur Versicherung (Versicherungsgesellschaft, Versicherungsvertragsnummer) zuzugreifen. Hierzu reiche z.B. ein Anschlag am schwarzen Brett aus, dagegen nicht die Möglichkeit, diese Daten bei der Personalabteilung zu erfragen. Auch dem Versicherer gegenüber müsse der Arbeitgeber das Verlangen der versicherungsvertraglichen Lösung bis zum Ablauf der gesetzlichen Frist erklären. Die Darlegungs- und Beweispflicht für den Zugang der Erklärungen trifft den Arbeitgeber.

Diese Verschärfung der Anforderungen an die versicherungsvertragliche Lösung hat weitreichende Konsequenzen für die betriebliche Praxis. Aus Vereinfachungsgründen erfolgte die Erklärung zur versicherungsvertraglichen Lösung vielfach bereits allgemein bei Einrichtung der betrieblichen Altersversorgung in den kollektivrechtlichen bzw. einzelvertraglichen Rechtsgrundlagen. Nach dem vorliegenden Urteil reicht dies nicht aus (eine Festlegung der versicherungsvertraglichen Lösung in einer Betriebsvereinbarung scheitert nach dem BAG schon daran, dass deren Inhalt Rechtsnormen und keine empfangsbedürftigen Willenserklärungen darstellen). Der Arbeitgeber muss jetzt die Wahl der versicherungsvertraglichen Lösung anknüpfend an die konkrete Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber Arbeitnehmer und Versicherer erklären. Zum Nachweis des Zugangs beim Arbeitnehmer bietet sich eine Erklärung zur versicherungsvertraglichen Lösung in Verbindung mit Kündigungsbestätigung oder Aufhebungsvereinbarung an, die vom Arbeitnehmer gegengezeichnet wird. In der Praxis bedeutet die neue Rechtsprechung des BAG eine Verkomplizierung der versicherungsvertraglichen Lösung in den weitverbreiteten „niedrigschwelligen“ Durchführungswegen Direktversicherung und Pensionskasse, die von Arbeitgebern gerade wegen des verhältnismäßig geringen Verwaltungsaufwands gewählt werden.

## VII. Änderung/Widerruf von Versorgungszusagen

### 1. Ablösbarkeit von Gesamtzusagen und betrieblicher Übung durch nachfolgende Betriebsvereinbarung

Mit zwei Entscheidungen vom 23.2.2016<sup>28</sup> hat das BAG seine Rechtsprechung zur Ablösbarkeit von Versorgungszusagen auf einzelvertraglicher Grundlage mit kollektivem Bezug (Gesamtzusagen und durch betriebliche Übung begründete Versorgungszusagen) fortgeführt. Die Ablösung ist dabei nicht nur durch eine Betriebsvereinbarung möglich, sondern auch durch eine einseitig vom Arbeitgeber erstellte Versorgungsordnung. In jedem Fall gelten die Änderungsgrundsätze, wie sie das BAG zum Schutz erworbener Anwartschaften bei Ablösung durch nachfolgende Betriebsvereinbarung entwickelt hat (sog. dreistufiges Prüfungsschema).

In beiden Fällen waren betriebliche Versorgungsregelungen jeweils durch Nachfolgeregelungen geändert worden. Zwischen den Parteien bestand jeweils Streit, nach welcher Versorgungsordnung sich die Versorgungsleistungen berechneten. In einem Fall war eine Gesamtzusage durch eine nachfolgende „Betriebsvereinbarung“ abgelöst worden, die der Arbeitgeber mit einem unzuständigen (betriebsverfassungsrechtlich nicht existenten) Gremium abgeschlossen hatte. Das BAG hat diese unwirksame Betriebsvereinbarung in eine Gesamtzusage umgedeutet und allgemeine Grundsätze aufgestellt, wann eine unwirksame

Betriebsvereinbarung ausnahmsweise entsprechend § 140 BGB in eine vertragliche Einheitsregelung (Gesamtzusage oder gebündelte Vertragsangebote) umgedeutet werden könne, nämlich dann, wenn sich hinreichende Anhaltspunkte für einen entsprechenden hypothetischen Verpflichtungswillen des Arbeitgebers ergeben.<sup>29</sup> Einer Umdeutung in eine Gesamtzusage stünde nicht etwa deren erschwerte Abänderbarkeit entgegen, sondern die Abänderungsmöglichkeiten von Betriebsvereinbarungen und Gesamtzusagen entsprächen sich im Wesentlichen.<sup>30</sup> Auch Gesamtzusagen oder Kraft betrieblicher Übung erteilte Zusagen auf betriebliche Altersversorgung seien durch nachfolgende Betriebsvereinbarung oder einseitig durch den Arbeitgeber abänderbar. Das BAG folgert dies aus dem in langjähriger Rechtsprechung entwickelten Grundsatz, dass Systeme der betrieblichen Altersversorgung nicht erstarren dürften: Auch der Arbeitgeber, der Leistungen der betrieblichen Altersversorgung durch Gesamtzusage verspreche, wolle diese nach einheitlichen Regeln, d.h. als System erbringen. Angesichts der regelmäßig auf längere, unbestimmte Zeit angelegten Geltungsdauer seien diese Systeme von vornherein einem auch für die Begünstigten erkennbaren möglichen künftigen Änderungsbedarf ausgesetzt. Im Regelfall sage der Arbeitgeber nur eine Versorgung nach den jeweils geltenden Versorgungsregeln zu. Nur dies stelle eine einheitliche Anwendung der Versorgungsordnung auf alle Arbeitnehmer und Versorgungsempfänger des Arbeitgebers sicher. Daraus zieht das BAG den Schluss, dass dem Arbeitgeber bei Gesamtzusagen oder vertraglichen Einheitsregelungen auch ohne Änderungskündigung eine Neuregelung offenstehe, z.B. durch Ablösung auf kollektivvertraglicher Grundlage.<sup>31</sup> Bestehe ein Betriebsrat, könne der Arbeitgeber wegen dessen Mitbestimmungsrecht die Ausgestaltung der geltenden Versorgungsregelungen grundsätzlich nicht einseitig ändern.

Diese Ausführungen des 3. Senats lassen somit den Schluss zu, dass nicht nur die Betriebsparteien Gesamtzusagen oder vertragliche Einheitsregelungen abändern können, sondern auch der Arbeitgeber (einseitig).<sup>32</sup> Diese Sichtweise hat das BAG inzwischen auch auf die betriebliche Übung übertragen.<sup>33</sup> Allerdings unterliegen auch die mit den genannten Instrumentarien vorgenommenen Eingriffe in Besitzstände der Arbeitnehmer der Rechtskontrolle nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit, konkretisiert in dem vom BAG entwickelten dreistufigen Prüfungsschema (auch Drei-Stufen-Theorie genannt). Vorliegend hat das BAG noch den Standpunkt vertreten, dass die erstmalige Einführung versicherungsmathematischer Abschläge nicht zu einem Eingriff in die Höhe von Versorgungsanwartschaften führen könne und aus diesem Grund das dreistufige Prüfungsschema keine Anwendung finde.<sup>34</sup> Diese Auffassung hat es inzwischen wieder aufgegeben.<sup>35</sup>

Mit den Urteilen vom 13.2.2016 hat das BAG seine Rechtsprechung zur Änderbarkeit von Versorgungszusagen auf einzelvertraglicher

28 BAG, 23.2.2016 – 3 AZR 960/13, BAGE 154, 144; BAG, 23.2.2016 – 3 AZR 44/14, BB 2016, 1210 m. BB-Komm. *Flockenhaus*.

29 BAG, 23.2.2016 – 3 AZR 960/13, BAGE 154, 144, Rn. 24; vgl. auch BAG, 13.10.2016 – 3 AZR 445/15.

30 Vgl. Leitsatz von BAG, 23.2.2016 – 3 AZR 960/13, BAGE 154, 144.

31 BAG, 23.2.2016 – 3 AZR 960/13, BAGE 154, 144, Rn. 32 ff.; BAG, 23.2.2016 – 3 AZR 44/14, BB 2016, 1210, Rn. 48 ff.; im Anschluss an BAG, 10.3.2015 – 3 AZR 56/14, DB 2015, 1970, Rn. 33.

32 So auch *Huber*, BetrAV 2016, 395; BB-Komm. *Flockenhaus*, BB 2016, 1216; *Neufeld/Flockenhaus*, BB 2016, 2357.

33 BAG, 23.2.2016 – 3 AZR 44/14, BB 2016, 1210.

34 BAG, 23.2.2016 – 3 AZR 44/14, BB 2016, 1210, Rn. 53, vgl. bereits BAG, 30.9.2014 – 3 AZR 99/12, AP Nr. 73 zu § 2 BetrAVG.

35 BAG, 13.10.2016 – 3 AZR 439/15, BB 2016, 2611 (PM BAG vom 13.10.2016).

Grundlage mit kollektivem Bezug bzw. Änderungsvorbehalten vervollständigt. Entgegen der bisherigen Sichtweise (auf Grundlage der Entscheidung des Großen Senats von 1986<sup>36</sup>) ist damit dem Arbeitgeber – neben einer Abänderbarkeit von Versorgungsregelungen durch ablösende Betriebsvereinbarung – auch die Möglichkeit einer einseitigen (d.h. zustimmungsfreien) Abänderung von Gesamtzusage, Einheitsregelung bzw. betrieblicher Übung durch Nachfolgeregelungen eröffnet, wenn die damit verbundenen Eingriffe die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit wahren. Diese Rechtsprechungsentwicklung ist zu begrüßen, da sie die Möglichkeiten für Arbeitgeber wesentlich verbessert, auf geänderte äußere Bedingungen durch Anpassungen ihrer Versorgungswerke zu reagieren, und damit die Gestaltung der betrieblichen Altersversorgung flexibilisiert.

## 2. Verschlechterung einer Anpassungsregelung durch Tarifvertrag

Das BAG hat seine ständige Rechtsprechung zu den Voraussetzungen eines Eingriffs in Versorgungsrechte durch ablösende tarifvertragliche Regelungen bestätigt.<sup>37</sup> Im entschiedenen Fall richtete sich die betriebliche Altersversorgung der Klägerin (Gesamtversorgung) gemäß einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel nach der jeweils geltenden Fassung eines Tarifvertrags. Ein Nachfolgetarifvertrag setzte die Anpassung laufender Renten durch Nichtanpassung des ruhegeldfähigen Gehalts für einen bestimmten Zeitraum aus. Mit ihrer Klage verlangte die Klägerin eine Anpassung ihrer Betriebsrente.

Arbeitsvertragliche Verweisungen auf die für die betriebliche Altersversorgung beim Arbeitgeber geltenden Bestimmungen sind im Regelfall dynamisch und verweisen auf die jeweils geltenden Versorgungsregelungen, auch wenn sich die Verweisklausel lediglich auf das „Anstellungsverhältnis“ der Parteien bezieht.<sup>38</sup> Da sich die Regelungsmacht der Tarifparteien nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch auf das anschließende Ruhestandsverhältnis erstreckt,<sup>39</sup> dürfen sie auch Tarifnormen zur Aussetzung der Rentenanpassung setzen. Nach Auffassung des BAG ist den Tarifparteien eine Aussetzung der Rentenanpassung – ohne Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG – auch dann möglich, wenn zeitgleich die Gehälter der aktiven Mitarbeiter steigen. Der Eintritt des Versorgungsfalls stelle betriebsrentenrechtlich eine erhebliche Zäsur dar, die unterschiedliche Regelungen für Gehälter und Betriebsrenten rechtfertige. Dass durch die Nichtanpassung des ruhegeldfähigen Gehalts bei gleichzeitiger Erhöhung der zu berücksichtigenden gesetzlichen Rente die Betriebsrente der Klägerin unter den bei Eintritt des Versorgungsfalls festgestellten Betrag sank, verstößt nach dem BAG nicht gegen das Auszehrungsverbot des § 5 Abs. 1 BetrAVG, da dieses die Tarifparteien wegen der Möglichkeit abweichender Regelungen (§ 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG) nicht bindet.<sup>40</sup> Weiter bestätigt das BAG, dass das dreistufige Prüfungsschema auf tarifvertragliche Regelungen nicht übertragbar ist. Vielmehr seien die Tarifvertragsparteien an die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit gebunden. Eine verschlechternde ablösende Tarifregelung, die regelmäßig unechte Rückwirkung entfaltet, muss dann, wenn die betroffenen Versorgungsempfänger nur geringfügige Nachteile erleiden, durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein. Mehr als geringfügig sind nur solche Eingriffe, die dem Versorgungsempfänger – hätte er mit ihnen gerechnet – während des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses vernünftigerweise Anlass geben kön-

nen, sie durch eine weitere private Absicherung auszugleichen.<sup>41</sup> Die Verschlechterung der Anpassungsregelung stellte einen solchen geringfügigen Eingriff dar. Im Rahmen der erfolgten Zurückverweisung wird die Vorinstanz prüfen müssen, ob sachliche Gründe für die Aussetzung der Anpassung der ruhegeldfähigen Gehälter vorlagen. Das Urteil bestätigt den weiten Spielraum der Tarifparteien bei verschlechternden Versorgungsregelungen und konturiert die Anforderungen an die Eingriffsgründe.

## 3. Widerruf einer Versorgungszusage wegen Rechtsmissbrauchs

Anlässlich einer Entscheidung, in der es u. a. um den Widerruf einer Versorgungszusage durch den Pensions-Sicherungs-Verein aG (PSVaG) als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung nach Insolvenz des Arbeitgebers ging, bestätigt das BAG seine Rechtsprechung und entwickelt sie hinsichtlich der Widerrufsvoraussetzungen weiter.<sup>42</sup> Zwischen dem Kläger, einem ehemaligen Aufsichtsratsmitglied der Insolvenzschriftnerin, und dem Insolvenzverwalter bestand Streit, ob dem Kläger Versorgungsansprüche zustehen und er insoweit abgeordnete Befriedigung aus Pfandrechten verlangen kann. Vor seiner Aufsichtsrats Tätigkeit war der Kläger Arbeitnehmer bzw. Vorstandsmitglied der Rechtsvorgängerin der Schuldnerin und erhielt anlässlich dieser Tätigkeit Versorgungszusagen. Zur privatrechtlichen Insolvenzversicherung daraus resultierender Ansprüche schloss der Kläger als Aufsichtsratsmitglied Verpfändungsvereinbarungen mit der Schuldnerin ab, wobei im Nachhinein die Zustimmung des zuständigen Gremiums gemäß § 112 Aktiengesetz (AktG) offen war. Der Insolvenzverwalter widerrief die Versorgungszusagen des Klägers unter Berufung auf schwerwiegende Pflichtverletzungen des Klägers zum Nachteil der Schuldnerin, insbesondere seiner Überwachungspflicht als Aufsichtsratsmitglied, wodurch ein Schaden von 6 Mio. Euro entstanden sei. Hilfsweise erklärte der Insolvenzverwalter die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen.

Im Rahmen der Zurückverweisung an die Vorinstanz hat das BAG die Grundsätze seiner Rechtsprechung präzisiert. Grobe Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers berechtigen den Arbeitgeber nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des BAG nur dann zum Widerruf einer Versorgungszusage, wenn die Berufung des Versorgungsberechtigten auf diese als rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 242 BGB einzustufen sei. Dies sei anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch grobes Fehlverhalten einen nicht behebbaren, insbesondere durch Ersatzleistungen nicht wiedergutmachenden schweren Schaden zugefügt hat. Bei Vermögensschäden sei ein Widerruf nur möglich, wenn eine grobe Pflichtverletzung des Arbeitnehmers vorliegt und er dem Arbeitgeber hierdurch einen existenzgefährdenden Schaden zugefügt hat.<sup>43</sup> Mit der vorliegenden Entscheidung entwickelt der 3. Senat diese Grundsätze weiter: Auch grobe Pflicht-

36 BAG, 16.9.1986 – GS 1/82, BAGE 53, 42, BB 1984, 2067 Ls.

37 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 273/15, NZA 2017, 64, BB 2016, 2932 (Orientierungssätze).

38 St. Rspr., vgl. BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 273/15, NZA 2017, 64, Rn. 19; BAG, 18.2.2014 – 3 AZR 808/11, Rn. 20 m. w. N.

39 St. Rspr., vgl. BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 273/15, NZA 2017, 64, Rn. 23 m. w. N.

40 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 273/15, NZA 2017, 64, Rn. 28; Bestätigung von BAG, 5.10.1999 – 3 AZR 230/98, BAGE 92, 310, BB 2000, 1248.

41 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 273/15, NZA 2017, 64, Rn. 38.

42 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 77/15, BetrAV 2017, 104; Bestätigung von BAG, 13.11.2012 – 3 AZR 444/10, BAGE 143, 273; BAG, 12.11.2013, 3 AZR 274/12, AP Nr. 15 zu § 1 BetrAVG Treuebruch.

43 Vgl. BAG, 12.11.2013 – 3 AZR 274/12, AP Nr. 15 zu § 1 BetrAVG Treuebruch, Rn. 26.



verletzungen, die ein früherer Arbeitnehmer in einem anderen Rechtsverhältnis mit seinem ehemaligen Arbeitgeber zu dessen Lasten begeht und die diesem einen existenzgefährdenden Schaden verursachen, könnten dazu führen, dass die Berufung des ehemaligen Arbeitnehmers auf sein Versorgungsversprechen nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sei.<sup>44</sup> Der Gedanke des Rechtsmissbrauchs gelte unabhängig davon, ob die grobe Pflichtwidrigkeit auf einem Verstoß gegen (nach-)vertragliche Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis oder auf sonstigen Pflichtverletzungen gegenüber dem Versorgungsschuldner beruht. Insofern könnten auch grobe Pflichtverstöße eines Aufsichtsratsmitglieds den Widerruf einer ihm als Arbeitnehmer erteilten Versorgungszusage rechtfertigen. Zwar hielt das BAG im entschiedenen Fall den Widerruf der Vorstandszusage für unzulässig, verneinte aber die Wirksamkeit der Pfandrechtsbestellung, da die notwendige Genehmigung gemäß § 112 AktG fehlte.

Nach Auffassung des BAG kann gesetzlicher Insolvenzschutz durch den PSVaG grundsätzlich auch bei einem Wechsel von Unternehmer- und Arbeitnehmerstellung gegeben sein. In zeitlicher Hinsicht wird dabei jedoch nur der Teil des Versorgungsanspruchs erfasst, der auf Zeiten entfällt, die der Versorgungsempfänger wie ein Arbeitnehmer verbracht hat. Darüber hinaus sei zu prüfen, inwieweit Art und Höhe der beim Wechsel in das Arbeitsverhältnis vereinbarten Versorgung durch die frühere Unternehmereigenschaft bedingt seien. Gehe die Versorgungszusage über das hinaus, was bei einem Arbeitnehmer ohne frühere Unternehmerstellung üblich wäre, müsse dies auch bei der Frage des Insolvenzschutzes nach § 7 BetrAVG berücksichtigt werden.<sup>45</sup> Im entschiedenen Fall hat das BAG gegen einen gesetzlichen Insolvenzschutz der Versorgungszusage insgesamt votiert, da nach den Gesamtumständen die dem Kläger beim Wechsel ins Arbeitsverhältnis erteilte Versorgungszusage wohl ausschließlich durch seine frühere Stellung als geschäftsführender Mehrheitsgesellschafter und damit als Unternehmer bedingt war.

#### 4. Geltung des dreistufigen Prüfungsschemas für Eingriffe durch Einführung versicherungsmathematischer Abschläge

Seine Rechtsprechung geändert hat der 3. Senat zur Eingriffskontrolle bei Einführung versicherungsmathematischer Abschläge und misst diese nunmehr am dreistufigen Prüfungsschema.<sup>46</sup> Im entschiedenen Fall bestand Streit über die Höhe einer Betriebsrente, die der Kläger – parallel zu einer vorzeitigen Altersrente für schwerbehinderte Menschen aus der gesetzlichen Rentenversicherung – 60 Monate vor der Vollendung des 65. Lebensjahres vorgezogen in Anspruch nahm. Die ursprüngliche Betriebsvereinbarung zur betrieblichen Altersversorgung (BV 1992) definierte die feste Altersgrenze nicht eigenständig, sondern stellte für den Versorgungsfall Alter auf den Bezug einer gesetzlichen Altersrente als Vollrente ab. Die nachfolgende Betriebsvereinbarung (BV 1995) regelte Alter 65 als feste Altersgrenze und führte die Kürzung der ab 1.1.1996 erworbenen Anwartschaften um einen versicherungsmathematischen Abschlag (0,4%) für jeden Monat des vorgezogenen Bezugs ein. Eine weitere Nachfolgeregelung (BV 2001) begrenzte – in Reaktion auf Rechtsstreite – die Kürzung durch versicherungsmathematischen Abschläge der Höhe nach und verbesserte vorzeitige Versorgungsleistungen durch Einführung von Zurechnungszeiten, um den Dotierungsrahmen vor Inkrafttreten der BV 1995 „wiederherzustellen“. Nach Auffassung des Klägers ist seine vorgezogene betriebliche Altersrente auf Grundlage der BV 1992 ohne

Kürzung durch versicherungsmathematische Abschläge zu berechnen, da ein sachlicher Grund zu deren Rechtfertigung fehle und Behinderte dadurch diskriminiert würden. Die klageabweisende Entscheidung der Vorinstanz hob das BAG auf und verwies zur Neuverhandlung zurück.

Das BAG wendet das dreistufige Prüfungsschema – entgegen seiner früheren Rechtsprechung<sup>47</sup> – nunmehr auch auf Eingriffe durch versicherungsmathematische Abschläge an. Die Eingriffstiefe bestimmt das BAG – erstmals auch für einen Eingriff durch versicherungsmathematische Abschläge – mittels der sog. ergebnisbezogenen Betrachtung (entwickelt für Eingriffe in die Dynamik endgehaltsabhängiger Versorgungszusagen), indem es die Leistungen nach BV 1992 und BV 1995 bezogen auf den konkreten Einzelfall des Klägers unter Berücksichtigung der Kürzung durch versicherungsmathematische Abschläge vergleicht.<sup>48</sup> Zwar habe die BV 1995 die Berechnungsformel unverändert übernommen, jedoch müsse der Kläger wegen des vorgezogenen Bezugs der Altersrente erstmals versicherungsmathematische Abschläge hinnehmen, was seine nach dem Ablösestichtag erworbenen Anwartschaften geringer ansteigen ließe. Insofern liege ein Eingriff in zukünftige Zuwächse der betrieblichen Altersversorgung vor, zu dessen Rechtfertigung sachlich-proportionale Gründe erforderlich seien. Das LAG hatte solche Gründe darin gesehen, dass die Angleichung der bisher unterschiedlichen Altersgrenzen für Männer und Frauen durch die BV 1995 auf Alter 65 zu einer Verschiebung des in der Zusage festgelegten Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung geführt habe. Auf diese Störung hätten die Betriebsparteien mit der Einführung versicherungsmathematischer Abschläge reagieren dürfen. Das BAG lehnt diese Argumentation wegen des fehlenden Zusammenhangs zwischen dem Eingriff durch versicherungsmathematische Abschläge und der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen ab und verwies den Rechtsstreit wieder an das LAG zurück. Eine Diskriminierung wegen der Schwerbehinderung des Klägers durch die Abschläge verneinte das BAG. Aus der Entscheidung geht hervor, dass das BAG einen versicherungsmathematischen Abschlag von 0,5% für jeden Monat des vorzeitigen Bezugs nach wie vor als angemessen ansieht.

Das BAG hat anlässlich der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zu sachlich-proportionalen Gründen innerhalb des dreistufigen Prüfungsschemas konkretisiert. Sachlich-proportionale Gründe sind nach dem BAG nachvollziehbare, aner kennenswerte und willkürfreie Gründe, die auf einer Fehlentwicklung der betrieblichen Altersversorgung oder einer wirtschaftlich ungünstigen Lage beruhen.<sup>49</sup> Im Zusammenhang mit der Zielsetzung der Betriebsparteien anlässlich der BV 2001 (Umverteilung zur Wiederherstellung des früheren Dotierungsrahmens) grenzt das BAG Änderungen der betrieblichen Altersversorgung, die beim Arbeitgeber zu Einsparungen führen, von Konstellationen ab, in denen bei einer Umverteilung der Dotierungsrahmen unverändert bleibt. Für letztere Konstellation stellt das BAG klar, dass ein im Rahmen dieser Umverteilung erfolgreicher

44 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 77/15, BetrAV 2017, 104, Rn. 59.

45 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 77/15, BetrAV 2017, 104, Rn. 98; Bestätigung der Rspr. des BGH, vgl. BGH, 25.9.1989 – II ZR 259/88, BGHZ 108, 330, BB 1990, 637 Ls; BGH, 9.6.1980 – II ZR 255/78, BGHZ 77, 233.

46 BAG, 13.10.2016 – 3 AZR 439/15, BB 2016, 2611 (PM BAG vom 13.10.2016).

47 BAG, 30.9.2014 – 3 AZR 998/12, AP Nr. 73 zu § 2 BetrAVG; BAG, 23.2.2016 – 3 AZR 44/14, AP Nr. 73 zu § 1 BetrAVG Ablösung, BB 2016, 1210.

48 BAG, 13.10.2016 – 3 AZR 439/15, Rn. 32; vgl. Matthießen, DB 2017, 429.

49 BAG, 10.11.2015 – 3 AZR 390/14, BB 2016, 442.

Eingriff in zukünftige Steigerungsbeträge auch dann gerechtfertigt sein kann (ohne dass wirtschaftliche Gründe oder eine Fehlentwicklung der betrieblichen Altersversorgung vorliegen müssen), wenn die Betriebsparteien eine neu gestaltende Verteilungsentscheidung treffen, die den Dotierungsrahmen im Wesentlichen wenigstens gleich hoch belässt und der Eingriff für die nachteilig betroffene Arbeitnehmergruppe zumutbar ist.<sup>50</sup> Diese Entscheidung beinhaltet eine erfreuliche Klarstellung zur Zulässigkeit von Neuordnungen unter Wahrung des Dotierungsrahmens.

## 5. Änderung von Versorgungszusagen durch Vereinbarung und AGB-Kontrolle

Mit einer einzelvertraglich zwischen Mitarbeiter und Arbeitgeber abgeschlossenen Vereinbarung zur Änderung der betrieblichen Altersversorgung hat sich das BAG vor dem Hintergrund der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) gemäß § 307 BGB befasst.<sup>51</sup> Eine Bank strebte vor dem Hintergrund der Finanzmarktkrise eine Änderung ihrer Versorgungsgrundsätze (bisher erteilte die Bank nach zehnjähriger Dienstzeit eine Zusage auf Leistungen nach beamtenrechtlichen Grundsätzen) an und schloss zu diesem Zweck im Jahr 2010 mit den einzelnen Mitarbeitern Änderungsvereinbarungen zur Überleitung ihrer Versorgung auf ein neu eingerichtetes Versorgungswerk ab, unter deren ausdrücklichem Verzicht auf die Erteilung der Zusage nach beamtenrechtlichen Grundsätzen. Dabei ging die Bank – gestützt auf ein Rechtsgutachten – davon aus, dass im Hinblick auf die Zusageerteilung nach zehn Jahren Dienstzeit keine betriebliche Übung bestand. Allerdings ergab sich aus einem späteren BAG-Urteil,<sup>52</sup> dass tatsächlich ein Anspruch der Mitarbeiter auf Erteilung einer solchen Versorgungszusage aus betrieblicher Übung gegeben war. Vor diesem Hintergrund versuchte die Klägerin des vorliegenden Rechtsstreits, sich wieder von dem abgeschlossenen Änderungsvertrag zu lösen.

Bei der Änderungsvereinbarung handelte es sich um AGB, da sie vom Arbeitgeber als Verwender für eine Vielzahl von Änderungsverträgen vorformuliert war. Das BAG stellte fest, dass der Änderungsvertrag der AGB-Kontrolle standhält. Insbesondere benachteiligten die Regelungen zur betrieblichen Altersversorgung die Klägerin nicht unangemessen gemäß § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Die Unangemessenheitsprüfung erfasst gemäß § 307 Abs. 3 S.1 BGB nur Bestimmungen in AGB, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Nach dem BAG gehört zu diesen Rechtsvorschriften auch das sich aus § 779 BGB ergebende Leitbild des Vergleichs im Sinne eines gegenseitigen Nachgebens zur Beseitigung einer Ungewissheit über die Rechtslage oder ein Rechtsverhältnis. Dazu stünde es im Widerspruch, wenn der Arbeitgeber Bedingungen einseitig festgesetzt hätte, die die Mitarbeiter unangemessen benachteiligen. Dies lag im entschiedenen Fall nicht vor. Der Arbeitgeber durfte angesichts der seine Existenz bedrohenden wirtschaftlichen Lage annehmen, in die zukünftigen Zuwächse der Zusage nach beamtenrechtlichen Grundsätzen eingreifen zu dürfen. Auch war die Frage noch nicht höchstrichterlich geklärt, ob der Arbeitgeber die bisherige Praxis der Zusageerteilung nach zehnjähriger Dienstzeit einseitig wieder einstellen konnte. Das BAG hat daher angenommen, dass der Änderungsvertrag – gemessen am Grundsatz des gegenseitigen Nachgebens – die Klägerin nicht unangemessen benachteiligte. Das BAG hat weiter die Möglichkeit eines Rücktritts wegen wesentlicher Änderung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) verneint. Durch

die höchstrichterlichen Entscheidungen über das Bestehen einer betrieblichen Übung sei die Geschäftsgrundlage nicht entfallen. Der Arbeitgeber habe auch die gegenüber den Mitarbeitern bestehenden Aufklärungs- und Informationspflichten nicht verletzt, indem er auf Basis eines externen Gutachtens eine – wenn auch im Ergebnis unzutreffende – Rechtsmeinung vertreten hat; dies sei nicht als Falschauskunft zu werten. Insofern hat das BAG auch die geltend gemachten Schadensersatzansprüche abgelehnt.

## VIII. Anpassung – eine Rückwirkung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG n.F. auf zurückliegende Anpassungstichtage

Nach der Neufassung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG<sup>53</sup> war bislang offen, ob diese gesetzliche Regelung auch auf vor dem 31.12.2015 liegende Anpassungstichtage zurückwirkt. Das BAG hat nunmehr entschieden, dass § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG n.F. auf Anpassungstichtage vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung am 31.12.2015 keine Anwendung findet.<sup>54</sup>

§ 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG in der Fassung bis 31.12.2015 lässt die Anpassungsprüfungspflicht des Arbeitgebers (§ 16 Abs. 1 BetrAVG) entfallen, wenn die betriebliche Altersversorgung über eine Direktversicherung oder eine Pensionskasse durchgeführt wird, ab Rentenbeginn sämtliche auf den Rentenbestand entfallenden Überschussanteile zur Erhöhung der laufenden Leistung verwendet werden und zur Berechnung der garantierten Leistung der nach § 65 Abs. 1 Nr. 1 a Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) festgesetzte Höchstzinssatz zur Berechnung der Deckungsrückstellung nicht überschritten wird. Aus dem Fehlen einer Übergangsregelung wurde allgemein angenommen, dass diese zum 1.1.1999 eingeführte Regelung auch für zuvor erteilte Zusagen Anwendung finden sollte. Die auf Grundlage des § 65 Abs. 1 Nr. 1 a VAG am 16.5.1996 in Kraft getretene Deckungsrückstellungsverordnung (DeckRV) setzt einen Höchstrechnungszins für Pensionskassen fest. In der Praxis arbeiten viele Pensionskassen mit einem von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) genehmigten (meist höheren) Höchstzinssatz (sog. regulierte Pensionskassen). 2014 hatte das BAG entschieden, dass zwar regulierte Pensionskassen grundsätzlich unter § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG fallen, allerdings die Anpassungsprüfungspflicht nur dann entfallende, wenn der Zinssatz nach DeckRV maßgeblich sei und nicht etwa ein von der BaFin genehmigter höherer Rechnungszins.<sup>55</sup> Die Verwendung eines solchen Höchstzinssatzes sei erst nach dem Inkrafttreten der DeckRV möglich gewesen, unabhängig davon, ob die von den regulierten Pensionskassen verwendeten Zinssätze unter dem ab dem 16.5.1996 erstmals festgesetzten Höchstrechnungszins nach der DeckRV lagen. In der Praxis führte diese Rechtsprechung dazu, dass Arbeitgeber, die die betriebliche Altersversorgung über eine regulierte Pensionskasse durchführen, über die Einstandspflicht für die Anpassung der Pensionkassenleistungen hafteten. Der Gesetzgeber reagierte darauf mit der Neufassung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG (Streichung des Verweises auf den Höchstzinssatz nach DeckRV) zum 31.12.2015. Angesichts der Geset-

50 BAG, 13.10.2016 – 3 AZR 439/15, Rn. 51 ff.

51 BAG, 15.11.2016 – 3 AZR 582/15 (für die amtl. Sammlung), BB 2017, 691 (red. Leitsatz).

52 BAG, 15.5.2012 – 3 AZR 610/11, BAGE 141, 222.

53 Neufassung zum 31.12.2015 durch Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie vom 21.12.2015 (BGBl. I, S. 2553).

54 BAG, 13.12.2016 – 3 AZR 342/15 (für die amtl. Sammlung), BetrAV 2017, 184; noch offengelassen in BAG, 15.3.2016 – 3 AZR 827/14, BAGE 154, 213, BB 2016, 1662.

55 BAG, 30.9.2014 – 3 AZR 617/12, BAGE 149, 212.

zesbegründung wertete die Rechtsliteratur dies mehrheitlich so, dass der Entfall der Anpassungsprüfungspflicht auch für Anpassungsstichtage vor dem 31.12.2015 gelten sollte und damit die Wirkungen des BAG-Urteils vom 30.9.2014 wieder aufgehoben seien.<sup>56</sup>

Dem hat das BAG nunmehr im Urteil vom 13.12.2016<sup>57</sup> widersprochen und festgestellt, dass die Gesetzesänderung keine Klarstellung der Rechtslage für die Vergangenheit darstellt, somit auch nicht auf vorangegangene Anpassungsstichtage zurückwirkt, sondern eine gesetzliche Neukonzeptionierung als Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung des 3. Senats vom 30.9.2014 sei. Der Gesetzgeber habe die Wirkungen an die Anknüpfung des Höchstzinssatzes nach DeckRV vollständig aufheben wollen, allerdings ohne Rückwirkung. Ausgehend von dem Grundsatz, dass Gesetze im Regelfall erst ab ihrem Inkrafttreten mit Wirkung für die Zukunft gelten, bedürfe die Annahme einer rückwirkenden Inkraftsetzung einer gesetzlichen Regelung klarer Anhaltspunkte. Nach Auffassung des BAG ergeben sich solche Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Rückwirkung weder aus dem Wortlaut des § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG n.F. noch aus Systematik oder Zielsetzung. Das in der Gesetzesbegründung erwähnte gesetzliche Ziel, Planungssicherheit für die Arbeitgeber zu schaffen,<sup>58</sup> sei auch ohne Rückwirkung der Neuregelung erreicht: Die Neuregelung gebe Planungssicherheit für Neuzusagen und künftige Anpassungsstichtage. Für bereits bestehende Zusagen sei die Rechtslage ebenfalls klar und berechenbar, und zwar auch im Hinblick auf Anpassungsstichtage vor dem 31.12.2015. Die Formulierung der Gesetzesbegründung, wonach die Anpassungsprüfungspflicht damit „ausnahmslos“ für alle bestehenden und künftigen Zusagen entfalle, versteht das BAG als Hinweis auf den Entfall der Anpassungsprüfungspflicht ab dem Inkrafttreten der Neuregelung ohne Rücksicht auf den vom BAG angenommenen Stichtag 19.5.1996 (Inkrafttreten der DeckRV). Insgesamt zieht das BAG das Fazit, dass § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG n.F. erst auf Anpassungsstichtage ab dem Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung am 31.12.2015 Anwendung findet.

Aus Sicht der Arbeitgeber wäre eine Rückwirkung der gesetzlichen Neuregelung auch auf zurückliegende Anpassungsstichtage wünschenswert gewesen. Eine Änderung der jüngsten Rechtsprechung des BAG wird nicht zu erwarten sein, die insofern zumindest zu Rechtsklarheit führt.

## IX. Insolvenzschutz

Erstmals hat sich das BAG mit dem Insolvenzschutz betrieblicher Altersversorgung in Form von Kapitalleistungen befasst und festgestellt, dass der PSVaG nach § 7 Abs. 1 S. 1 BetrAVG auch für Kapitalleistungen haftet, die bei Eintritt des Sicherungsfalls bereits entstanden sind; die Einschränkung des § 7 Abs. 1a S. 3 BetrAVG findet auf Kapitalleistungen keine Anwendung.<sup>59</sup>

Ausgangspunkt war ein Rechtsstreit mit dem PSVaG über die Auszahlung einer Kapitalleistung. Nach der Versorgungsregelung erwirbt der Versorgungsberechtigte im Erlebensfall auf Antrag Anspruch auf das Versorgungsguthaben bei Eintritt des Versorgungsfalls Alter (Vollendung des 60. Lebensjahres), das nach den Auszahlungsrichtlinien als Einmalkapital ausgezahlt wird. Der mit gesetzlich unverfallbarer Anwartschaft ausgeschiedene Kläger erkundigte sich erst mit Alter 62 telefonisch bei seinem früheren Arbeitgeber nach der Auszahlung seines Versorgungsguthabens und erhielt die (unzutreffende) Auskunft, dieses stehe ihm erst bei Bewilligung einer gesetzlichen Rente zu. Nach

Insolvenz des Arbeitgebers beantragte der Kläger beim PSVaG die Zahlung des Versorgungsguthabens. Der PSVaG lehnte die Zahlung unter Hinweis auf § 7 Abs. 1a S. 3 BetrAVG ab, wonach der Anspruch von Versorgungsempfängern rückständige Leistungen nur umfasst, soweit diese bis zu zwölf Monate vor Entstehen der Leistungspflicht des PSVaG entstanden sind. Der Kläger habe die Kapitalzahlung bereits ab Alter 60 und damit mehr als zwölf Monate vor Insolvenz beanspruchen können.

Das BAG hat seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, dass auch einmalige Kapitalleistungen betriebliche Altersversorgung im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG sein können.<sup>60</sup> Der Kläger unterfalle als Versorgungsempfänger auch dem Insolvenzschutz des § 7 Abs. 1 BetrAVG. § 7 BetrAVG unterscheidet zwischen Versorgungsempfängern (§ 7 Abs. 1 BetrAVG) und Anwartschaftsberechtigten (§ 7 Abs. 2 BetrAVG). Versorgungsempfänger sind nach Auffassung des BAG diejenigen Personen, denen bei Eintritt des Sicherungsfalls gegen den insolventen Versorgungsschuldner ein Anspruch auf Gewährung von Versorgungsleistungen zusteht, ohne dass der Anspruch fällig sein müsse. Entscheidend sei nicht der tatsächliche Zahlungsbeginn, sondern die bestehende Versorgungsberechtigung,<sup>61</sup> beim Kläger also der Eintritt des Versorgungsfalls mit Alter 60. Der in der Versorgungsordnung vorgesehene Antrag auf das Versorgungsguthaben sei dabei keine eigenständige Voraussetzung für den Eintritt des Versorgungsfalls, sondern lediglich eine Klarstellung, dass der Versorgungsschuldner keine Rechtspflichten verletzt, wenn er nach Eintritt des Versorgungsfalls nicht von sich aus tätig wird. Gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 BetrAVG hafte der PSVaG auch für bei Eintritt des Sicherungsfalls bereits entstandene Versorgungsansprüche. Die Vorschrift des § 7 Abs. 1a S. 3 BetrAVG, die den Anspruch auf Insolvenzschutz für rückständige Versorgungsleistungen auf die bis zu zwölf Monate vor Entstehen der Leistungspflicht des PSVaG entstandenen Ansprüche begrenzt, gelte jedoch nicht für Kapitalleistungen.<sup>62</sup> Für die Anwendbarkeit nur auf laufende Leistungen der betrieblichen Altersversorgung spreche sowohl der Wortlaut als auch der aus der Entstehungsgeschichte ablesbare Zweck.

Allerdings verlangt § 7 Abs. 1 S. 1 BetrAVG nach Auffassung des BAG einen Kausalzusammenhang zwischen der Nichtleistung des Versorgungsschuldners im Zeitpunkt seiner Zahlungspflicht und dem später eintretenden Sicherungsfall. Der PSVaG sei nicht eintrittspflichtig, wenn die entscheidende Ursache für den Zahlungsausfall in anderen Gründen liege. Für laufende Leistungen enthalte § 7 Abs. 1a S. 3 BetrAVG eine typisierende Regelung, wonach für im Zeitraum von zwölf Monaten vor dem Sicherungsfall entstandene Versorgungsansprüche von einer Kausalität zwischen der Nichtleistung und dem Sicherungsfall auszugehen sei. Wegen der Nichtanwendbarkeit von § 7 Abs. 1a S. 3 BetrAVG auf Kapitalleistungen bedürfe es insofern einer konkreten Prüfung, ob keine anderen entscheidenden Gründe für den Zah-

56 Vgl. die Nachweise in BAG, 13.12.2016 – 3 AZR 342/15, BetrAV 2017, 184, Rn. 65, *Döring*, BB 2016, 2933; *Kaufmann/Herrmann*, DB 2016, 2603; *Greiner/Bitzenhofer*, NZA 2016, 1176; *Schreckling-Kreutz/Kreutz*, AuR 2016, 399.

57 BAG, 13.12.2016 – 3 AZR 342/15, BetrAV 2017, 184.

58 Vgl. BT-Drs. 18/6283, 13.

59 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 411/15 (für die amtl. Sammlung), BB 2017, 185 mit BB-Komm. *Neufeld*.

60 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 411/15 (für die amtl. Sammlung), BB 2017, 185 mit BB-Komm. *Neufeld*, Rn. 14; insoweit Bestätigung von BAG, 25.6.2013 – 3 AZR 219/11, BAGE 145, 314.

61 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 411/15, BB 2017, 185 mit BB-Komm. *Neufeld*, Rn. 18, im Anschluss an BGH, 14.7.1980 – II ZR 106/79, BGHZ 78, 73.

62 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 411/15, BB 2017, 185 mit BB-Komm. *Neufeld*, Rn. 33 ff.

lungsausfall vorlagen. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür treffe denjenigen, der Zahlungen beim PSVaG beantragt.<sup>63</sup> So müsse er wirtschaftliche Schwierigkeiten des Versorgungsschuldners behaupten und entsprechende Indizien vortragen. Als solche wertet das BAG z.B. den Umstand, dass der spätere Insolvenzschuldner einen Anspruch mit einer bislang noch nicht herangezogenen Auslegung der Versorgungsordnung ablehnt oder eine rechtlich fernliegende Begründung liefert, Zahlungen nicht oder erst auf eine arbeitsgerichtliche Klage hin erfolgen oder der Versorgungsschuldner sich im Prozess gegen die Forderung nicht verteidigt. Zu berücksichtigen sei auch die zeitliche Nähe zum Insolvenzantrag. Der Versorgungsempfänger könnte insofern ein Einsichtsrecht in die Akten des Insolvenzgerichts nach § 4 InsO in Verbindung mit § 299 Abs. 1 ZPO geltend machen. Da vorliegend noch Tatsachenfeststellungen zur Frage dieses Kausalzusammenhangs fehlten, verwies das BAG den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurück.

Das Urteil des BAG enthält die erfreuliche Klarstellung, dass der Insolvenzschutz für rückständige Kapitalleistungen aus betrieblicher Altersversorgung nicht durch § 7 Abs. 1a S. 3 BetrAVG begrenzt und dem Versorgungsempfänger insoweit nicht das Insolvenzrisiko des Versorgungsschuldners aufgebürdet wird.

63 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 411/15, BB 2017, 185 mit BB-Komm. Neufeld, Rn. 48 ff.

**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 Wiesbaden der Beratungsgesellschaft Willis Towers Watson. 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: Kein Recht zur Hinzuziehung eines Rechtsanwalts bei Einsicht in die Personalakte

BAG, Beschluss vom 12.7.2016 – 9 AZR 791/14

ECLI:DE:BAG:2016:120716.U.9AZR791.14.0

Volltext des Beschlusses: [BB-ONLINE BBL2016-2548-1](#)  
unter [www.betriebs-berater.de](#)

### ORIENTIERUNGSSÄTZE

**1. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG), das als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts jedem Grundrechtsinhaber gewährleistet, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen, strahlt im Sinne objektiver Normgeltung auf die Anwendung und Auslegung privatrechtlicher Normen aus.**

**2. Jedenfalls in den Fällen, in denen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer erlaubt, Kopien der in der Personalakte befindlichen Schriftstücke zu fertigen, hat dieser nicht das Recht, zur Einsichtnahme in die Personalakte einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen.**

GG Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1; BetrVG § 83 Abs. 1 S. 1; BGB § 241 Abs. 2

### SACHVERHALT

Die Parteien streiten über das Recht des Klägers, zur Einsichtnahme in seine Personalakte seine anwaltliche Vertreterin hinzuzuziehen.

Im Jahr 1998 trat der Kläger in die Dienste der Beklagten zu 1., die ihn als Lagerist beschäftigte und ihm am 21. März 2013 eine Ermahnung erteilte. Die Prozessbevollmächtigte des Klägers verlangte mit Schreiben vom 6. Mai 2013, ihr zusammen mit dem Kläger Einsicht in dessen Per-

sonalakte zu gewähren. Die Beklagte zu 1. lehnte eine Hinzuziehung der Prozessbevollmächtigten unter Hinweis auf das ihr zustehende Hausrecht ab, erlaubte dem Kläger allerdings mit E-Mail vom 13. Mai 2013, auszugsweise Kopien der in der Personalakte befindlichen Dokumente zu fertigen. Das Arbeitsverhältnis ging mit Wirkung vom 1. Februar 2014 im Wege eines Betriebsübergangs auf die Revisionsbeklagte zu 2. über.

[...]

Der Kläger hat – soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung – beantragt, die Revisionsbeklagte zu 2. zu verurteilen, ihm mit seiner anwaltlichen Vertreterin, Frau Rechtsanwältin B, Einsicht in seine Personalakte zu gewähren.

Die Revisionsbeklagte zu 2. hat die Abweisung der Klage mit der Begründung beantragt, die von dem Kläger begehrte Hinzuziehung seiner Rechtsanwältin greife ohne gesetzliche Grundlage in ihr Hausrecht ein. § 83 Abs. 1 BetrVG enthalte eine abschließende Sonderregelung.

Das Arbeitsgericht hat die zunächst allein gegen die Beklagte zu 1. gerichtete Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger die Klage erweitert und neben der Beklagten zu 1. die (spätere) Revisionsbeklagte zu 2. in Anspruch genommen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurückgewiesen. In der Revisionsinstanz hat der Kläger die Revision im Verhältnis zur Beklagten zu 1. zurückgenommen und verfolgt sein Klageziel nunmehr allein gegenüber der Revisionsbeklagten zu 2. weiter.