

Betriebs Berater

18|2019

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **Compliance ... Vorsteuerabzug ... IFRS ... Altersversorgung ...**

29.4.2019 | 74. Jg.
Seiten 961–1024

DIE ERSTE SEITE

PD Dr. Joerg Brammsen und **Dr. Simon Apel**, RA

Das Geschäftsheimnisgesetz (GeschGehG) ist da – jetzt fängt die Arbeit erst an

WIRTSCHAFTSRECHT

Florian Garden, RA, und **Dr. Mayeul Hiéramente**, RA/FAStR

Die neue Whistleblowing-Richtlinie der EU – Handlungsbedarf für Unternehmen und Gesetzgeber | 963

Dr. Martin Schirmbacher, RA/FAIT-Recht

Gesundheitsschutz und Hygiene: Wann der Bruch einer Versiegelung das Widerrufsrecht im Versandhandel zum Erlöschen bringt | 969

STEUERRECHT

Dr. Barbara Fleckenstein-Weiland, LL.M., RAin/FAinStR/StBin

BB-Rechtsprechungsreport Umsatzsteuer 2018 | 983

Dr. Heidi Friedrich-Vache, StBin

Entwicklungen zum Vorsteuerabzug einer Holding | 993

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Norbert Lüdenbach, WP/StB, und **Dr. Jens Freiberg**, WP

ED/2018/2 und die Gemeinkosten bei belastenden Absatzverträgen – Lösungsvorgabe oder bloße Aufgabenstellung? | 1003

ARBEITSRECHT

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

BB-Rechtsprechungsreport zur betrieblichen Altersversorgung 2018/2019 | 1012

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

BB-Rechtsprechungsreport zur betrieblichen Altersversorgung 2018/2019

Der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hat durch seine Rechtsprechung im aktuellen Berichtszeitraum (April 2018 bis März 2019) das Rechtsgebiet der betrieblichen Altersversorgung weiterentwickelt. Wie in den Vorjahren lag ein Schwerpunkt auf Fragen der Gleichbehandlung bzw. Diskriminierung (Altersabstandsklauseln bei Hinterbliebenenversorgung, altersmäßige Begrenzung von Beiträgen bei beitragsorientierter Leistungszusage). Erstmals hat sich das BAG mit der Frage befasst, ob eine Pflicht des Arbeitgebers zur Kündigung einer Direktversicherung aus Entgeltumwandlung bestehen kann. Weiter vertieft hat das BAG seine Rechtsprechung zur vertraglichen Anpassung und Anrechnung anderweitiger Versorgungsbezüge, zur Höhe unverfallbarer Anwartschaften sowie zur Änderung betrieblicher Versorgungszusagen durch die Tarifvertragsparteien.

I. Begriff der betrieblichen Altersversorgung

Anlässlich eines Rechtsstreits über die Einordnung eines zeitlich begrenzten Übergangszuschusses, der ab Renteneintritt an betriebstreue Mitarbeiter gezahlt wird, hat das BAG seine ständige Rechtsprechung zum Begriff der betrieblichen Altersversorgung bestätigt und weitergeführt.¹ Durch Betriebsvereinbarung gewährte ein Arbeitgeber betriebstreuen Mitarbeitern für einen Zeitraum von sechs Monaten nach ihrem Renteneintritt einen zusätzlichen Übergangszuschuss neben der „normalen“ Betriebsrente, die der Differenz zwischen Betriebsrente und letztem Bruttomonatsentgelt entsprach. Daneben bestand eine eigene Betriebsvereinbarung zur betrieblichen Altersversorgung. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ging im Wege eines Betriebsübergangs (§ 613a BGB) auf einen Erwerber über, mit dem er 2008 einen Altersteilzeitvertrag im Blockmodell schloss. Vor Ende der Freistellungsphase wurde der Erwerber insolvent. Nach Eintritt des Versorgungsfalles Alter zahlte der Pensions-Sicherungs-Verein auf Gegenseitigkeit (PSVaG) als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung die dem Kläger zustehende Betriebsrente, lehnte aber die Zahlung des Übergangszuschusses ab, da es sich nicht um betriebliche Altersversorgung handele.

Das BAG ordnet den befristeten Übergangszuschuss als Leistung der betrieblichen Altersversorgung ein, für die der PSVaG nach § 7 Abs. 2 BetrAVG einzustehen hat. Nach gesetzlicher Definition (§ 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG) liegt betriebliche Altersversorgung dann vor, wenn die zugesagte Leistung einem Versorgungszweck dient und durch ein biologisches Ereignis (Alter, Invalidität oder Tod) ausgelöst wird. Erforderlich und ausreichend ist, dass durch die vorgesehene Leistung ein im BetrAVG genanntes biometrisches Risiko zumindest teilweise übernommen wird. Nach der vom BAG geforderten weiten Auslegung des Begriffs „Versorgung“ fallen darunter alle Leistungen, die den Lebensstandard des Arbeitnehmers oder seiner Hinterbliebenen im Versorgungsfall verbessern sollen. Es genüge, dass der Versorgungszweck die Leistung und deren Regelung prägt.² Nach Auffassung des BAG dient der vorliegende Übergangszuschuss – trotz seiner Befristung – der Versorgung des Arbeitneh-

mers bei Eintritt in den Ruhestand, da dem Zuschuss laut Betriebsvereinbarung ausdrücklich der Zweck beigelegt wird, dem Mitarbeiter den Übertritt in den Ruhestand wirtschaftlich zu erleichtern, und sein Umfang geeignet sei, den Lebensstandard des Arbeitnehmers im Versorgungsfall zu verbessern, unabhängig davon, ob im Leistungszeitraum typischerweise ein erhöhter Versorgungsbedarf bestehe. Für den Versorgungszweck einer Leistung komme es nicht auf die Zahlungsdauer an, selbst einmalige Kapitalleistungen können Versorgungscharakter haben.³ Weder die Bezeichnung als „Übergangszuschuss“ noch die Regelung in einer separaten Betriebsvereinbarung spreche vorliegend gegen die Einordnung als betriebliche Altersversorgung, auch nicht der Umstand, dass die Leistung nach deren Wortlaut nur betriebstreuen Arbeitnehmern zusteht. Da es sich um betriebliche Altersversorgung handele, sei die Zulässigkeit einer solchen Regelung am BetrAVG zu messen; diese sei nach § 19 Abs. 3 BetrAVG wegen Verstoßes gegen die Unverfallbarkeitsvorschriften (§ 1b BetrAVG) unwirksam. Der PSVaG konnte sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass durch Nichtberücksichtigung der gesetzlichen Altersrente beim Übergangszuschuss „eine für betriebliche Altersversorgung untypische Überversorgung“ eintrete, da es dem Arbeitgeber frei stehe, seinen Arbeitnehmern eine über ihrem letzten Entgelt liegende Altersversorgung zu gewähren.

Davon abzugrenzen sind in der Praxis für die Dauer bis zum Erreichen der Altersgrenze gewährte Überbrückungsgelder, die nicht durch ein biologisches Ereignis, sondern durch den Verlust des Arbeitsplatzes ausgelöst werden, und damit keine betriebliche Altersversorgung darstellen.⁴

II. Gruppenunterstützungskasse: Ausschluss des Rückzahlungsanspruchs an das Trägerunternehmen

Das BAG hat seine Rechtsprechung bestätigt, dass die Satzung einer (Gruppen-)Unterstützungskasse die Rückgewähr geleisteter Deckungsmittel an Trägerunternehmen wirksam beschränken kann.⁵ Der Kläger ist Insolvenzverwalter eines Trägerunternehmens, das an die rückgedeckte Gruppenunterstützungskasse (Rechtsform: eingetragener Verein) Deckungsmittel zur Durchführung seiner betrieblichen Altersversorgung leistete, mit denen die Unterstützungskasse als Versicherungsnehmer Rückdeckungsversicherungen zur Finanzierung abschloss. Das Trägerunternehmen hatte zwei Prokuristen Zusagen nach dem Leistungsplan erteilt, aus denen zum Zeitpunkt ihres vorzeitigen insolvenzbedingten Ausscheidens aber keine unverfallbaren

¹ BAG, 20.3.2018 – 3 AZR 519/16, BB 2018, 1715 Ls, AP Nr. 121 zu § 7 BetrAVG.

² BAG, 20.3.2018 – 3 AZR 519/16, BB 2018, 1715 Ls, Rn. 18; vgl. auch BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 411/15, BAGE 156, 196, BB 2017, 185 m. BB-Komm. Neufeld.

³ BAG, 20.3.2018 – 3 AZR 519/16, BB 2018, 1715 Ls, Rn. 21; BAG, 28.10.2008 – 3 AZR 317/07, BAGE 128, 199.

⁴ St. Rspr., vgl. BAG, 25.4.2017 – 3 AZR 668/15, BB 2017, 1523 Ls.

⁵ BAG, 16.10.2018 – 3 AZR 402/16, BetrAV 2019, 91, BB 2019, 115 Ls; Bestätigung von BAG, 21.3.2017 – 3 AZR 619/15, BB 2017, 1587 Ls.

Anwartschaften resultierten. Nach Kündigung der Mitgliedschaft der Insolvenzschuldnerin in der Unterstützungskasse verlangt der Kläger von dieser Zahlung in Höhe der Rückkaufswerte der für die beiden Zusagen abgeschlossenen Rückdeckungsversicherungen an die Masse. Die Unterstützungskasse lehnt dies unter Berufung auf ihre Satzung ab, die eine Rückforderung von Zuwendungen der Trägerunternehmen – außer im Fall irrtümlicher Zahlung – ausschließt.

Das BAG hat entschieden, dass die vom später insolventen Trägerunternehmen geleisteten Zuwendungen im (segmentierten) Kassenvermögen der Unterstützungskasse verbleiben. Mangels gesetzlich unverfallbarer Anwartschaften finde kein gesetzlicher Forderungsübergang auf den PSVaG statt (§ 9 Abs. 3 S. 3 BetrAVG). Ein Rückzahlungsanspruch des Klägers ergebe sich weder aus der Satzung noch dem vereinbarten Leistungsplan. Die Satzung schließe die Rückgewähr von Kassenvermögen für andere als irrtümlich geleistete Beiträge aus und lasse Zahlungen außerhalb des Vereinszwecks sonst nur bei Überdotierung zu. Dieser umfassende Rückforderungsausschluss, der den Abfluss von Kassenvermögen abgesehen vom Fall der Vereinsauflösung verhindern soll, hält auch einer Inhaltskontrolle stand: § 310 Abs. 4 S. 1 BGB, wonach die Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) auf Verträge des Gesellschaftsrechts keine Anwendung finden, gilt nach dem BAG auch für das Vereinsrecht.⁶ Der Ausschluss von Rückforderungsansprüchen diene dazu, den Vereinszweck – die Gewährung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung – zu verwirklichen und die ausschließliche Mittelverwendung für diesen Zweck sicherzustellen und überschreite nicht die Grenze unbilliger oder willkürlicher, Treu und Glauben widersprechender Satzungsgestaltungen. Das ehemalige Trägerunternehmen könne sich auch nicht auf einen Anspruch auf Auszahlung des segmentierten Kassenvermögens wegen Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) berufen: Nach den in der Satzung geregelten Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien habe das Trägerunternehmen der Unterstützungskasse die für die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung erforderlichen Mittel zuzuführen. Seine Zahlungspflicht bestehe auch, wenn die begünstigten Arbeitnehmer noch keine gesetzlich unverfallbaren Anwartschaften aus der Zusage erreicht haben. In den Rechtsbeziehungen sei es angelegt, dass die Vermögenswerte in der Unterstützungskasse verbleiben, wenn die Arbeitnehmer mit noch verfallbaren Anwartschaften beim Trägerunternehmen ausscheiden, auch dann, wenn das Ausscheiden im Rahmen einer Betriebsstilllegung erfolgt, da es sich dabei um einen in der Sphäre des Trägerunternehmens liegenden Umstand handele.

Diese Rechtsprechung des BAG zum satzungsrechtlichen Ausschluss von Ansprüchen auf Rückgewähr von Zuwendungen eines Trägerunternehmens mag für diese im Einzelfall unbefriedigend sein. Sie respektiert aber einerseits konsequent die körperschaftsteuerliche Vermögensbindung als Voraussetzung für die Steuerfreiheit der Unterstützungskasse. Andererseits betrifft sie nicht die Frage, ob die betroffene Unterstützungskasse den streitgegenständlichen Betrag im Falle ihrer späteren körperschaftsteuerlichen Überdotierung zur Zahlung an den Kläger zu verwenden hätte.

III. Entgeltumwandlung: Kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Kündigung einer Direktversicherung aus Entgeltumwandlung

Das BAG hat sich erstmals mit der Frage befasst, ob ein Arbeitgeber verpflichtet ist, eine zugunsten seines Arbeitnehmers bestehende Di-

rektversicherung aus Entgeltumwandlung vor Eintritt eines Versorgungsfalls zu kündigen, und diese verneint.⁷ Die Arbeitsvertragsparteien schlossen 2001 eine Entgeltumwandlungsvereinbarung, nach der der Arbeitnehmer Entgelt in Höhe von DM 2000,00 jährlich umwandelte und der Arbeitgeber sich im Gegenzug verpflichtete, den Umwandlungsbetrag in eine Direktversicherung einzubringen. Dabei nutzten die Parteien eine zuvor vom Arbeitnehmer abgeschlossene (im Jahr 2018 ablaufende) Lebensversicherung, deren Versicherungsnehmer der Arbeitgeber wurde. Versicherter der Direktversicherung, die seit 2009 ruht, ist der Arbeitnehmer mit unwiderruflichem Bezugsrecht. Mit seiner 2014 erhobenen Klage verlangt der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber die Zustimmung zur Kündigung bzw. die Kündigung des Direktversicherungsvertrags und begründet dies mit finanzieller Notlage: Er sei mit der Rückführung eines Baudarlehnens in Höhe von 1 175,75 Euro im Rückstand und benötige die Mittel aus der Direktversicherung, um die Kündigung des Darlehensvertrags durch die Bank und eine anschließende Zwangsvollstreckung in seine Immobilie zu verhindern. Diese Notlage habe der Arbeitgeber durch verspätete Zahlung von Entgeltfortzahlungsansprüchen verursacht.

Im entschiedenen Fall besteht laut BAG keine Pflicht des Arbeitgebers, die für den Kläger bestehende Direktversicherung im laufenden Arbeitsverhältnis zu kündigen. Eine solche Kündigungspflicht sei weder in der Entgeltumwandlungsvereinbarung enthalten noch lasse sie sich aus der Rücksichtnahmepflicht des § 241 Abs. 2 BGB herleiten, wonach der Arbeitgeber die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden (Vermögens-)Interessen des Arbeitnehmers im Rahmen von Treu und Glauben zu schützen hat.⁸ Die Rücksichtnahmepflicht erfasse aber grundsätzlich nicht ausschließlich private Vermögensinteressen des Arbeitnehmers, auch dann nicht, wenn seine finanzielle Notlage mit dem Arbeitsverhältnis im Zusammenhang stehe. Gegen eine Pflicht des Arbeitgebers, den zur Durchführung betrieblicher Altersversorgung geschlossenen Direktversicherungsvertrag zu kündigen, sprechen nach Auffassung des BAG vor allem auch sozialpolitische Gesichtspunkte. Ausweislich der Gesetzesbegründung zum BetrAVG⁹ sei Zweck der betrieblichen Altersversorgung auch die notwendige Ergänzung der gesetzlichen Rentenversicherung der Arbeitnehmer, deren Rentenniveau sinke. Sie diene somit der Sicherung des Lebensstandards des Arbeitnehmers bzw. seiner Hinterbliebenen nach Ausscheiden aus Berufs- und Erwerbsleben, ihre Aufrechterhaltung liege damit auch im Interesse des einzelnen Arbeitnehmers. Zu diesem Zweck habe der Gesetzgeber den gesetzlichen Anspruch auf Entgeltumwandlung (§ 1a BetrAVG) eingeführt und begünstige den eigenverantwortlichen Aufbau kapitalgedeckter betrieblicher Altersversorgung durch Arbeitnehmer. Da daraus resultierende Anwartschaften möglichst bis zum Eintritt des Versorgungsfalls zu erhalten seien, verbiete dies die vorzeitige Auszahlung und Verwendung für Vermögensbildung, Ausgleich von Schulden oder Konsum statt für die vorgesehene Versorgung.¹⁰ Neben der sofortigen Unverfallbarkeit sieht § 1b Abs. 5 BetrAVG vor, dass dem Arbeitnehmer bei Entgelt-

6 BAG, 16.10.2018 – 3 AZR 402/16, BetrAV 2019, 91, BB 2019, 115 Ls, Bestätigung von BAG, 21.3.2017 – 3 AZR 619/15, BB 2017, 1587 Ls im Anschluss an st. Rspr. des BGH.

7 BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 586/16, BB 2018, 2107 m. BB-Komm. *Flockenhaus*, BAGE 162, 354.

8 BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 586/16, BB 2018, 2107 m. BB-Komm. *Flockenhaus*, Rn. 10, vgl. etwa BAG, 20.6.2017 – 3 AZR 179/16, Rn. 86 m. w. N.

9 BT-Drs. 7/1281, 19.

10 BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 586/16, Rn. 18; vgl. auch BAG, 17.10.2000 – 3 AZR 7/00, BAGE 96, 54.

umwandlung über eine Direktversicherung ein sofortiges unwiderrufliches Bezugsrecht einzuräumen ist, ihm alle Überschussanteile über eine Erhöhung der Versicherungsleistung zugutekommen müssen und er bei entgeltfreien Zeiten wie auch nach Ausscheiden das Recht zur Fortsetzung der Versicherung mit eigenen Beiträgen hat. Das Gesetz gewährt dem Arbeitnehmer aber keinen Anspruch, das angesammelte Kapital nach Auflösung des Versicherungsvertrags anderweitig zu verwenden. Nach dem BAG gilt dies wegen fehlender Unterscheidung im Gesetz unabhängig davon, ob Entgeltumwandlung vor oder erst ab Inkrafttreten des § 1a BetrAVG vereinbart wurde. Mit dem Versorgungszweck der betrieblichen Altersversorgung ist nach Auffassung des BAG ein Anspruch des Arbeitnehmers, die vorzeitige Beendigung der Direktversicherung zu erzwingen und das angesparte Kapital zur Schuldentilgung zu verwenden, grundsätzlich nicht zu vereinbaren.

Dass es akute Notlagen des Arbeitnehmers geben mag, in denen eine Kündigungspflicht des Arbeitgebers bestünde, hat das BAG angedeutet: Es hat dahinstehen lassen, ob etwas anderes gelte, wenn etwa eine Zwangsversteigerung einer selbstgenutzten Wohnimmobilie unmittelbar bevorstünde und dies mit dem Rückkaufwert der Direktversicherung verhindert werden könne. Der Kläger hatte im entschiedenen Fall nicht substantiiert zu einer drohenden Zwangsvollstreckung vorgebracht.

IV. Versorgung von Dienstordnungs-Angestellten: Statusänderungen von Versorgungsschuldern (von landesunmittelbaren zu bundesunmittelbaren Körperschaften)

Das BAG hat sich in zwei Urteilen mit der betrieblichen Altersversorgung von Dienstordnungs-Angestellten befasst. Im ersten Urteil ging es um die Auswirkungen des Statuswechsels einer gesetzlichen Krankenkasse.¹¹ Die betriebliche Altersversorgung des Klägers – bis 1994 als Dienstordnungs-Angestellter bei einer landesunmittelbaren Krankenkasse beschäftigt – richtete sich durch Bezugnahme in der für ihn geltenden Dienstordnung nach dem Beamtenversicherungsrecht der Landesbeamten in Schleswig-Holstein. Auf dieser Grundlage bezog er bereits Versorgungsleistungen. Das Bundessozialgericht urteilte im Jahr 2015, dass die Krankenkasse seit 1.2.2011 eine bundesunmittelbare Körperschaft ist. Die neue Dienstordnung, die eine Versorgung nach den Vorschriften für Bundesbeamte vorsah, trat zum 1.1.2016 – ohne Regelung zur Rückwirkung – in Kraft. Seitdem erhält der Kläger die (höheren) Versorgungsleistungen für Bundesbeamte. Der Kläger verlangt deren Gewährung auch rückwirkend ab 1.2.2011. Das BAG hat die Klage abgewiesen, da dem Kläger weder aus den normativ geltenden Dienstordnungen noch aus den gesetzlichen Regelungen zum Besoldungsrecht (Zweites Gesetz zur Vereinheitlichung und Neuregelung des Besoldungsrechts in Bund und Ländern (2. BesVNG)) ein Anspruch zustehe. Die Dienstordnung 2015 wirkt nicht zurück. Die davor geltenden Dienstordnungen sehen eine Versorgung nach den Vorschriften für Landesbeamte vor. Das 2. BesVNG gewährt keinen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch auf Versorgung nach Bundesrecht, sondern beinhaltet einen Regelungsauftrag für die Sozialversicherungsträger, ihre Dienstordnungen entsprechend zu gestalten. Verstößt eine Krankenkasse gegen diesen Regelungsauftrag, können nachteilig betroffenen Dienstordnungs-Angestellten Schadensersatzansprüche ge-

gen diese zustehen,¹² deren Voraussetzungen im entschiedenen Fall nicht vorlagen.

Das zweite Urteil betraf die betriebliche Altersversorgung ehemaliger Dienstordnungs-Angestellter nach einer Fusion der Versorgungsschuldner. Die aufgrund der Fusion der Träger der landwirtschaftlichen Sozialversicherung und ihres Spitzenverbands zu einer bundesunmittelbaren Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau übergeleiteten Versorgungsempfänger haben – wegen spezieller gesetzlicher Regelung im Gesetz zur Neuordnung der landwirtschaftlichen Sozialversicherung – keinen Anspruch auf eine Versorgung nach den für Bundesbeamte geltenden Bestimmungen.¹³

V. Gleichbehandlung/AGG

1. Altersabstandsklausel: Ausschluss von mehr als 15 Jahre jüngeren Ehepartnern von Hinterbliebenenversorgung

Das BAG hat sich erstmals mit der Zulässigkeit des in einer Versorgungsordnung geregelten Ausschlusses von der Hinterbliebenenversorgung durch eine sog. Altersabstandsklausel (Altersdifferenzklausel) befasst und den Ausschluss von Ehegatten gebilligt, die mehr als 15 Jahre jünger sind als der versorgungsberechtigte Arbeitnehmer.¹⁴ Die Versorgungszusage setzte für Hinterbliebenenleistungen (Ehegattenrente) voraus, dass der berechtigte Arbeitnehmer die Ehe vor Alter 60 und Austritt aus dem Betrieb geschlossen hat, sie bis zu seinem Tod bestand und der Ehegatte nicht mehr als 15 Jahre jünger ist als der Berechtigte. Im entschiedenen Fall waren die Voraussetzungen bis auf die mehr als 15 Jahre betragende Altersdifferenz zwischen den Ehepartnern erfüllt. Da der Ehemann mit unverfallbarer Anwartschaft auf betriebliche Versorgungsleistungen bei seinem (damals bereits insolventen) Arbeitgeber ausgeschieden war, verlangte die Klägerin nach seinem Tod vom PSVaG die Zahlung der Ehegattenrente.

Das BAG hält den Ausschluss hinterbliebener Ehegatten durch die Altersabstandsklausel für zulässig. Werden Ehegatten, die mehr als 15 Jahre jünger sind als der versorgungsberechtigte Arbeitnehmer, von der Gewährung einer Ehegattenrente ausgeschlossen, liege darin keine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters nach §§ 1, 3 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), so dass die Klausel nicht nach § 7 Abs. 2 AGG unwirksam sei.¹⁵ Da sie nicht zu den in § 6 Abs. 1 AGG genannten Personengruppen gehören, fallen Hinterbliebene nicht selbst unter den Anwendungsbereich des AGG. Vielmehr ist für die Frage der Benachteiligung bei der Hinterbliebenenversorgung auf den versorgungsberechtigten Arbeitnehmer abzustellen,¹⁶ der hier dem persönlichen Geltungsbereich des AGG unterfällt. Die Anknüpfung an die Altersdifferenz stellt nach dem BAG eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters gemäß § 3 Abs. 1 AGG dar.¹⁷ Das Kriterium „Altersdifferenz“ stehe in untrennbarem Zusammenhang mit dem in § 1 AGG genannten Merkmal „Alter“, da – ausgehend vom Ehemündigkeitsalter von 18 Jahren – nur Arbeitnehmer

11 BAG, 16.10.2018 – 3 AZR 314/17, BB 2019, 51 Ls, BeckRS 2018, 32667.

12 Vgl. Leitsätze von BAG, 16.10.2018 – 3 AZR 314/17, BB 2019, 51 Ls, BeckRS 2018, 32667.

13 BAG, 16.10.2018 – 3 AZR 547/17, BB 2019, 691 Ls.

14 BAG, 20.2.2018 – 3 AZR 43/17; BAGE 162, 36, BB 2018, 1148 m. BB-Komm. Jesgarzewski.

15 BAG, 20.2.2018 – 3 AZR 43/17, BAGE 162, 36, BB 2018, 1148 m. BB-Komm. Jesgarzewski, Rn. 11 m. w. N. aus der Literatur.

16 St. Rspr. des BAG, vgl. etwa BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 781/16, BAGE 161, 56, BB 2018, 627 Ls; vgl. auch EuGH, 24.11.2016 – C-443/15, Parris.

17 BAG, 20.2.2018 – 3 AZR 43/17, BAGE 162, 36, BB 2018, 1148 m. BB-Komm. Jesgarzewski, Rn. 19 mit Hinweis auf Meinungsstand in der Literatur.

betroffen seien, die eine Ehe nach Vollendung ihres 33. Lebensjahres schließen, auch wenn nur ein Teil dieser Altersgruppe erfasst wird (nämlich nur diejenigen, deren Ehepartner mehr als 15 Jahre jünger sind). Nach dem BAG ist diese unmittelbare Benachteiligung aber gemäß § 10 S. 1, S. 2 AGG sachlich gerechtfertigt, da durch ein legitimes Ziel gedeckt: Sie begrenze die mit der Gewährung einer Hinterbliebenenversorgung für den Arbeitgeber verbundenen finanziellen Risiken, die gerade wegen Unwägbarkeiten im Hinblick auf den Zeitpunkt des Leistungsfalls und der Leistungsdauer bestehen, und diene damit dessen anerkanntem Interesse an einer überschaubaren und kalkulierbaren Versorgungslast. Die legitimen Interessen der benachteiligten Arbeitnehmer würden auch nicht übermäßig benachteiligt. Bei einem Altersabstand von mehr als 15 Jahren sei der die Ehe prägende gemeinsame Lebenszuschnitt der Ehepartner von vornherein darauf angelegt, dass der Hinterbliebene einen Teil seines Lebens ohne den Versorgungsberechtigten und auch ohne Ankopplung an dessen Einkommenssituation verbringe. Es sei legitim, wenn Arbeitgeber dieses bereits strukturell angelegte Risiko nicht durch die Zusage einer Hinterbliebenenversorgung übernehmen. Das BAG berücksichtigt auch, dass die Altersdifferenz von 15 Jahren auch weit über dem statistisch ermittelten Altersabstand der Ehepaare liege und vom typischen „Normalfall“ abweiche. Der Ausschluss sei auch erforderlich im Sinne von § 10 S. 2 AGG. Die Begrenzung der finanziellen Risiken lasse sich nicht mit gleicher Wirksamkeit durch ein milderes Mittel erreichen, etwa eine Altersabstandsklausel, die lediglich eine Kürzung der Hinterbliebenenrente vorsieht.

2. Altersabstandsklausel: Kürzung der Hinterbliebenenrente eines mehr als 10 bzw. 15 Jahre jüngeren Ehepartners

In zwei weiteren Urteilen hat das BAG Altersabstandsklauseln als zulässig eingestuft, die Kürzungen einer Hinterbliebenenrente vorsehen, wenn der Ehepartner mehr als 10 bzw. 15 Jahre jünger ist als der berechnete Arbeitnehmer.¹⁸ Die Versorgungsregelungen enthielten jeweils eine Klausel, wonach die Hinterbliebenenrente, wenn der Ehepartner über 10 bzw. 15 Jahre jünger ist als der verstorbene Versorgungsberechtigte, um 5% ihres Betrags für jedes Jahr gekürzt wird, das die festgelegte Altersdifferenz weiter übersteigt. Eine solche Klausel ist ein „Weniger“ gegenüber der Altersabstandsklausel, die mehr als 10 bzw. 15 Jahre jüngere Ehegatten vollständig von der Hinterbliebenenversorgung ausschließt.¹⁹ Das BAG nimmt hier ebenfalls eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters an, die aber objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gemäß § 10 S. 1 AGG gerechtfertigt ist. Die Begründung entspricht derjenigen, die das BAG zur Altersdifferenzklausel zum Ausschluss 15 Jahre jüngerer Ehepartner von der Hinterbliebenenversorgung heranzieht. Legitimes Ziel ist wiederum die Risikobegrenzung für den die Versorgungszusage erteilenden Arbeitgeber. Auch hier stellt das BAG darauf ab, dass bei einer Altersdifferenz von mehr als 10 bzw. 15 Jahren der gemeinsame Lebenszuschnitt der Lebenspartner von vornherein darauf angelegt sei, dass der Hinterbliebene einen Teil seines Lebens ohne den Versorgungsberechtigten verbringe. Dieses Risiko müsse der Arbeitgeber nicht übernehmen. Dies gelte erst recht, wenn die Altersdifferenzklausel nicht sofort zu einem Ausschluss von Hinterbliebenenversorgung führt, sondern eine „maßvolle“ schrittweise Kürzung von 5% der Ausgangspension für jedes weitere Jahr Altersabstand bewirkt, so dass auch bei großen Altersunterschieden noch eine Witwenpension ge-

währt wird und erst bei einem Altersabstand von 35 Jahren der vollständige Ausschluss erfolgt.²⁰

Mit den genannten Entscheidungen zu Altersabstandsklauseln trägt das BAG zu mehr Rechtssicherheit für die in der Praxis häufig verwendeten Regelungen bei.

3. Begrenzung anrechnungsfähiger Dienstzeiten bis Alter 60

Das BAG hat sich erstmals mit der Frage befasst, ob bei einem beitragsorientierten Versorgungssystem die Gewährung von Versorgungsbeiträgen auf die Zeit bis zu einem bestimmten Lebensalter (hier die Vollendung des 60. Lebensjahres) zulässigerweise begrenzt werden kann.²¹ Die betriebliche Altersversorgung des Klägers richtete sich nach einem Kapitalbausteinsystem für Führungskräfte, das die feste Altersgrenze auf Alter 65 festlegte, die Bereitstellung arbeitgeberfinanzierter Versorgungsbeiträge aber auf Beitragsjahre bis Alter 60 begrenzte (VO Pension Capital). Im Arbeitsvertrag des Klägers war die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Vollendung seines 65. Lebensjahrs vereinbart. Zeitnah zur Einführung der VO Pension Capital bot der Arbeitgeber den Führungskräften durch ein Konzept „60+“ an, gegen Zahlung eines Kapitalbetrags eine Befristung ihres Arbeitsvertrags auf Alter 60 zu vereinbaren, mit der Möglichkeit, ab diesem Zeitpunkt die vorzeitige Altersleistung aus der VO Pension Capital ungekürzt zu beziehen. Bei einer Vertragsverlängerung über Alter 60 hinaus wäre der Kapitalbetrag dem Versorgungskonto des Arbeitnehmers als Baustein gutgeschrieben worden. Dieses Angebot auf Änderung seines Arbeitsvertrags nahm der Kläger nicht an. Der Kläger verlangt nach Eintritt des Versorgungsfalls „Alter“ mit 65 Jahren die Erhöhung seiner Betriebsrente unter Berufung auf eine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters, da ihm wegen weiterer bis Alter 65 zu gewählender Versorgungsbeiträge ein höheres Versorgungsguthaben zustehe.

Das BAG hält im entschiedenen Fall die Begrenzung der beitragsfähigen Dienstzeit auf die Vollendung des 60. Lebensjahres im Rahmen einer Gesamtschau für zulässig. Zwar bewirke die in der VO Pension Capital enthaltene Begrenzung der Gewährung von Versorgungsbeiträgen auf die Zeit bis Alter 60 eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters i.S.v. § 3 Abs. 1 AGG, da sie unmittelbar an ein Lebensalter anknüpft und zu einer ungünstigeren Behandlung von Arbeitnehmern führt, die bei Beginn ihres Arbeitsverhältnisses ein höheres Lebensalter hatten, gegenüber Arbeitnehmern, die zu diesem Zeitpunkt jünger waren, indem erstere bis Alter 60 ein unverhältnismäßig geringeres Versorgungsguthaben als jüngere Arbeitnehmer erwerben. Diese Ungleichbehandlung ist nach dem BAG aber gerechtfertigt: § 10 S. 1 AGG erlaubt eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters, wenn sie objektiv und angemessen, durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung des Ziels nach § 10 S. 2 AGG angemessen und erforderlich sind. Insbesondere kann gemäß § 10 S. 3 Nr. 4 AGG die Festsetzung von Altersgrenzen bei betrieblichen Versorgungssystemen zulässig sein, wenn die konkret gewählte Altersgrenze darüber hinaus gemäß § 10 Abs. 2 AGG ange-

18 BAG, 16.10.2018 – 3 AZR 520/17, BB 2019, 179 Orientierungssätze, BetrAV 2019, 94; BAG, 11.12.2018 – 3 AZR 400/17, BetrAV 2019, 190.

19 BAG, 20.2.2018 – 3 AZR 43/17, BAGE 162, 36, BB 2018, 1148 m. BB-Komm. Jesgarzewski; BAG, 11.12.2018 – 3 AZR 400/17, BetrAV 2019, 190.

20 BAG, 16.10.2018 – 3 AZR 520/17, BB 2019, 179 Orientierungssätze, BetrAV 2019, 94, Rn. 40.

21 BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 19/17, BB 2018, 1587 Ls, AP Nr. 15 zu § 10 AGG.

messen und erforderlich ist.²² Nach Ansicht des BAG verfolgt der Arbeitgeber vorliegend mit der altersmäßigen Beitragsbegrenzung ein legitimes Ziel i. S. v. § 10 S. 1 AGG; dazu zählen auch unternehmerische Belange und das Interesse an einer begrenzt- und kalkulierbaren Belastung.²³ Das Ziel müsse nicht ausdrücklich benannt sein, sondern könne sich aus Anhaltspunkten im allgemeinen Kontext der Regelung ergeben. Vorliegend sei die altersmäßige Begrenzung der Beitragsgewährung geeignet, einen bestimmten Dotierungsrahmen für die betriebliche Altersversorgung sicherzustellen. Angemessen sei die Festlegung eines Höchstalters für die Versorgungsbeiträge dann, wenn das verfolgte Ziel erreicht wird, ohne die legitimen Interessen der hiervon nachteilig betroffenen Arbeitnehmer übermäßig zu beeinträchtigen,²⁴ erforderlich sei sie, wenn die Regelung nicht über das zur Erreichung des angestrebten Ziels Notwendige hinausgehe.²⁵

Im vorliegenden Fall wertet das BAG das Höchstalter als angemessen und erforderlich. Zwar könnten über Alter 60 hinaus weiterarbeitende Führungskräfte ihr Versorgungsguthaben nicht mehr steigern. Jedoch nehme der Begrenzungszeitpunkt auf eine bei der Beklagten gängige Ausscheidenspraxis Bezug, bei der ein Großteil der Führungskräfte spätestens mit Alter 60 das Arbeitsverhältnis beendet, sodass der Arbeitgeber bei typisierender Betrachtung davon ausgehen durfte, dass die nach der VO Pension Capital Versorgungsberechtigten ganz überwiegend mit Alter 60 ausscheiden, zu einem Zeitpunkt also, in dem sie bei Zustimmung der Beklagten Anspruch auf das ungekürzte Versorgungsguthaben als vorzeitige Altersleistung haben. Eine übermäßige Beeinträchtigung der legitimen Interessen der (wenigen) über Alter 60 hinaus noch tätigen Personen liege in dem Höchstalter für Versorgungsbeiträge nicht, auch da die Zahl der Beitragsjahre ansonsten nicht begrenzt sei (kein Mindestalter, keine Höchstzahl). Dem stehe nicht entgegen, dass die Beklagte mit der altersmäßigen Begrenzung auch einen Anreiz für vorzeitiges Ausscheiden schaffen wolle. Als wesentliches Argument wertet das BAG bei der vorliegenden Fallgestaltung, dass Personen betroffen seien, deren Einkommen typischerweise weit oberhalb der BBG liege, und diese bereits vor Erreichen der Regelaltersgrenze eine erheblich oberhalb des gesetzlichen Rentenniveaus liegende Altersversorgung beziehen können.

Aus der vorliegenden Entscheidung lässt sich unseres Erachtens nicht schließen, das BAG halte eine Begrenzung von Versorgungsbeiträgen auf Alter 60 generell für zulässig. Vielmehr handelt es sich um einen Einzelfall mit besonderer Konstellation, in der die Versorgung der Begünstigten – trotz formal höherer fester Altersgrenze – faktisch auf einen Eintritt in den Ruhestand mit Alter 60 zugeschnitten war.

VI. Auslegung von Versorgungszusagen

1. Anpassungsregelung laufender Renten aus Gesamtversorgung

Das BAG hat sich mit der Auslegung einer Klausel zur Anpassung laufender Renten aus einem Gesamtversorgungssystem befasst.²⁶ Ein in einem Konzern eingebundenes Lebensversicherungsunternehmen hatte u. a. eine betriebliche Gesamtversorgungszusage erteilt (unklar, ob als Betriebsvereinbarung oder Gesamtzusage), die ein bestimmtes Versorgungsniveau in Abhängigkeit von Dienstalter und pensionsfähigem Arbeitsentgelt zusagte, bestehend aus gesetzlicher Rente, Pensionskassenrente und einer vom Arbeitgeber unmittelbar zu zahlenden Pensionsergänzung. Die Zusage sieht in § 6 Abs. 1 die Anpassung laufender Ren-

ten durch Fortschreibung des Versorgungsniveaus entsprechend der Entwicklung der gesetzlichen Renten vor (sog. Gesamtrentenfortschreibung). In § 6 Abs. 4 der Zusage ist weiter geregelt, dass der Vorstand des Arbeitgebers, wenn er die Veränderung der Gesamtversorgungsbezüge „nach dieser Vorgabe nicht für vertretbar hält“, nach Anhören der Betriebsratsgremien dem Aufsichtsrat zur gemeinsamen Beschlussfassung einen Vorschlag unterbreiten kann, „was nach seiner Auffassung geschehen soll“. Durch nach Betriebsratsanhörung gefassten gemeinsamen Beschluss von Vorstand und Aufsichtsrat erhöhte der Arbeitgeber das Gesamtversorgungsniveau zum 1.7.2015 nicht analog der Erhöhung der gesetzlichen Renten (2,09717%), sondern lediglich um 0,5%, und zog davon die erhöhten anrechenbaren Versorgungsbezüge ab, oder – was für die meisten Versorgungsempfänger günstiger war – erhöhte lediglich die Pensionsergänzung um 0,5%. Entsprechendes wiederholte der Arbeitgeber zum Anpassungstermin 1.7.2016, zu dem die gesetzlichen Renten um 4,2451% stiegen.

Nach Auffassung des BAG deckt die Auslegung der Anpassungsregelung in der Gesamtversorgungszusage die jeweils vorgenommene isolierte Anhebung der Pensionsergänzung um 0,5% nicht. Der Arbeitgeber sei vielmehr verpflichtet, die Gesamtversorgungsbezüge des Klägers entsprechend der Steigerung der gesetzlichen Renten zu erhöhen und von dem sich ergebendem Betrag die anrechenbaren Leistungen abzuziehen. Unterstellt, es handele sich bei der Zusage um eine Betriebsvereinbarung, müsse die normative Regelung wie ein Tarifvertrag/Gesetz ausgelegt werden. Das durch die Ausnahmeregelung dem Vorstand eingeräumte Leistungsbestimmungsrecht könne nicht so verstanden werden, dass der Arbeitgeber damit eine systematisch von der Gesamtrentenfortschreibung abweichende Anpassung festlegen dürfe. Vielmehr dürfe eine auf Basis der Ausnahmeregelung ggf. beschlossene geringere prozentuale Steigerung angesichts des Zwecks der Gesamtversorgung, die Versorgungslücke zwischen den anderen Ruhestandsbezügen und dem zugesagten Versorgungsniveau zu schließen, nur auf der zugesagten Gesamtrente aufsetzen. Betriebsverfassungsrechtliche Erwägungen unterstützen nach dem BAG dieses Auslegungsergebnis: Die Festlegung des Versorgungsniveaus in der Gesamtversorgung sei unter Berücksichtigung des dem Betriebsrat zustehenden Mitbestimmungsrechts bezüglich der Entlohnungsgrundsätze (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) erfolgt. Da diese nicht auf sein Mitbestimmungsrecht verzichten dürfe, könne nicht angenommen werden, die Beklagte habe durch die Ausnahmeregelung die Befugnis erhalten, von der Gesamtrentenfortschreibung abzuweichen. Sollte es sich dagegen um eine von dem Arbeitgeber einseitig aufgestellte Gesamtzusage, mithin um AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handeln, käme das BAG zum gleichen Ergebnis: Ausgehend vom Empfängerhorizont eines verständigen Arbeitnehmers sei davon auszugehen, dass sich der vertraglich vereinbarte Änderungsvorbehalt bei der Betriebsrentenanpassung ebenfalls nur auf das Ob und den Umfang der prozentualen Steigerung der Gesamtversorgungsbezüge bezieht, jedoch nicht auf einen Systemwechsel durch Anpassung eines einzelnen Versorgungsbestandteils.

22 BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 19/17, BB 2018, 1587 Ls, Rn. 29, st. Rspr., vgl. BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 72/16, BAGE 160, 255, BB 2018, 244 Orientierungssätze; BAG, 20.2.2018 – 3 AZR 43/17, BAGE 162, 36, BB 2018, 1148 m. BB-Komm. Jesgarzewski.

23 Vgl. bereits BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 72/16, BAGE 160, 255.

24 BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 19/17, BB 2018, 1587 Ls; vgl. EuGH, 26.2.2015 – C-515/13, Ingenieurforeningen Danmark.

25 Vgl. EuGH, 26.9.2013 – C-564/11, Dansk Jurist.

26 BAG, 25.9.2018 – 3 AZR 333/17, BB 2019, 827 m. BB-Komm. Flockenhaus, AP Nr. 8 zu § 1 BetrAVG.

2. Tarifvertragliche Anpassungsregelung laufender Renten

Das BAG hat sich in zwei weiteren Parallelentscheidungen mit der Auslegung von Anpassungsregelungen für laufende Renten aus auf Tarifvertrag beruhenden endgehaltsabhängigen Versorgungszusagen desselben Lebensversicherungsunternehmens (vgl. oben Ziffer VI.1) befasst.²⁷ Die Anpassung der Renten ist in § 6 Abs.1 der Zusage „jeweils entsprechend der gemäß § 49 AVG vorgegebenen Entwicklung der Renten der gesetzlichen Rentenversicherung“ geregelt, § 6 Abs. 4 enthält die oben unter Ziffer VI.1 dargestellte Ausnahmeregelung. Der Vorstand und der Aufsichtsrat der Beklagten beschlossen auch hier nach der Anhörung der Betriebsräte, die laufenden Renten zum 1.7.2015 und zum 1.7.2016 um jeweils 0,5% zu erhöhen, statt sie entsprechend des Anstiegs der gesetzlichen Renten zu diesen Zeitpunkten um 2,09717% und 4,2451% anzuheben. Begründet hat dies die Beklagte mit einem wirtschaftlich schwierigen Umfeld, u.a. wegen langanhaltender Niedrigzinsen und einem sich abschwächenden Wachstum im Versicherungsmarkt. Im Rahmen einer festgelegten Strategie müssten auch die aktiven Mitarbeiter einen erheblichen Beitrag zur Stärkung des Konzerns leisten. Die Vorinstanz hatte der Klage eines Betriebsrentners auf Anpassung entsprechend der Erhöhung der gesetzlichen Renten stattgegeben. Auf die Revision der Beklagten hat das BAG den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Das BAG kommt bei seiner Auslegung der tarifvertraglichen Ausnahmeregelung zum Ergebnis, dass damit dem Arbeitgeber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt wird, wenn die Anpassung entsprechend der Entwicklung der gesetzlichen Renten aufgrund objektiver Umstände „nicht vertretbar“ sei. Insofern hätten die Tarifvertragsparteien gemäß § 19 Abs. 1 BetrAVG eine zulässigerweise von § 16 BetrAVG abweichende Anpassungsregelung getroffen.²⁸ Die Tarifvertragsparteien haben wegen des ihnen zustehenden weiten Gestaltungsspielraums auch die Möglichkeit der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe.²⁹ Nach insbesondere systematischer Auslegung der Ausnahmeklausel versteht das BAG unter der Formulierung „nicht vertretbar“ von § 16 Abs. 1 BetrAVG losgelöste wirtschaftliche (auch konzernweite) Umstände, die die fehlende Vertretbarkeit mit einer sich aus der Anpassung ergebenden langfristigen Kostenbelastung begründen; der Tarifvertrag lehne sich dagegen gerade nicht an die „wirtschaftlichen Gründe“ im Sinne des § 16 Abs. 1 BetrAVG an. Räumt damit die Ausnahmeregelung dem Arbeitgeber die Möglichkeit einer herabgesetzten prozentualen oder gänzlich entfallenden Anpassung ein, die aber allen Betriebsrentnern gleichmäßig gewährt werden, liegt nach Feststellung des BAG keine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrAVG vor, da der relative Abstand der Betriebsrenten zueinander gleichbleibe und mitbestimmungspflichtige Verteilungsgrundsätze nicht berührt seien.³⁰

VII. Anrechnung

1. Anrechnung teilweiser arbeitnehmerfinanzierter Pensionskassenrente auf Direktzusage

Bestätigt und fortentwickelt hat das BAG seine ständige Rechtsprechung zur Anrechnung anderweitiger Leistungen auf betriebliche Versorgungsbezüge gemäß § 5 BetrAVG.³¹ Ausgangspunkt des Rechtsstreits war eine dem Kläger bei seinem Eintritt 1973 vom beklagten Arbeitgeber erteilte Versorgungszusage, die die Anrechnung von Leis-

tungen des BVV Versicherungsverein des Bankgewerbes a.G. (BVV) vorsieht. Bereits vor Beginn des Arbeitsverhältnisses war der Kläger beim BVV versichert. Entsprechend der Aufteilung bei den Vorarbeitgebern übernahm der Kläger im Zeitraum 1973 bis 31.12.1986 die Beiträge zum BVV zu 1/3 und der Arbeitgeber zu 2/3. Mit Wirkung ab dem 1.1.1987 sagte der Arbeitgeber dem Kläger eine vollständig durch Beiträge des Arbeitgebers finanzierte Versorgung zu, so dass dessen Versicherung beim BVV zum selben Zeitpunkt entsprechend beitragsfrei gestellt wurde. Ab 1997 nahm der Kläger die Beitragszahlung an den BVV wieder auf, ohne seinen Arbeitgeber hiervon in Kenntnis zu setzen. In einer 2003 geschlossenen Vereinbarung anlässlich der Freistellung des Klägers bis zu seinem Renteneintritt 2005 bestätigte der Arbeitgeber, dass die BVV-Pension nur insoweit auf die von ihm zugesagte Versorgung angerechnet werde, als sie auf Beiträgen bis 31.12.1986 beruht. Bei der Ermittlung der Altersrente rechnete der Arbeitgeber die zeitanteilig bis zum 31.12.1986 ermittelte BVV-Rente an. Gegen diese Anrechnung wendet sich der Kläger. Die Anrechnung der BVV-Rente verstoße gegen § 5 Abs. 2 Satz 2 BetrAVG, da er bezogen auf den gesamten Beitragszeitraum von 1965 bis 2009 mehr als die Hälfte der Beiträge zum BVV geleistet habe.

Das BAG hat vorliegend die Anrechenbarkeit der BVV-Rente bejaht. Zwar bestimmt § 5 Abs. 2 S. 1 BetrAVG, dass Leistungen der betrieblichen Altersversorgung durch Anrechnung oder Berücksichtigung anderer Versorgungsbezüge nicht gekürzt werden dürfen, soweit sie auf Beiträgen des Versorgungsempfängers beruhen. Jedoch gilt dies nach § 5 Abs. 2 Satz 2 BetrAVG nicht für Renten aus der gesetzlichen Rentenversicherung, soweit sie auf Pflichtbeiträgen beruhen, sowie für sonstige Versorgungsbezüge, die mindestens zur Hälfte auf Beiträgen oder Zuschüssen des Arbeitgebers beruhen; diese können in voller Höhe angerechnet werden. Zunächst hat das BAG klargestellt, dass das Anrechnungsverbot nach § 5 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG lediglich voraussetze, dass der versorgungsberechtigte Arbeitnehmer überhaupt einen eigenen Beitrag zur anderweitigen Versorgung geleistet habe,³² nicht dass der Arbeitnehmer ausschließlich eigene Beiträge zu der Versorgung geleistet habe. § 5 Abs. 2 Satz 2 BetrAVG schränke das Anrechnungsverbot aus § 5 Abs. 2 Satz 1 BetrAVG ein und erweitere damit die Anrechnungsmöglichkeiten. Zur Frage, wann ein Versorgungsbezug unter § 5 Abs. 2 Satz 2 BetrAVG fällt, präzisiert das BAG, dass die jeweils gezahlten Beiträge entscheidend sind, wenn ihnen – ähnlich der Situation in der gesetzlichen Rentenversicherung – die erworbenen Rentenansprüche zuteilbar und die Beitragszahlungen auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufteilbar sind. Dabei bezeichne der im Gesetz verwendete Begriff des Arbeitgebers die Gesamtheit der Arbeitgeber, die zu den anzurechnenden Versorgungsbezügen des Versorgungsempfängers beigetragen haben.³³ Da im entschiedenen Fall nur die Anrechnung der bis zum 31.12.1986 erworbenen BVV-Rente vereinbart war, sei für die Voraussetzung der mindestens hälftigen Beitragszahlung des Arbeitgeber nur auf die BVV-Rente abstellen, die auf bis zum 31.12.1986 geleisteten Beiträgen beruht. Trotz monatlich

27 BAG, 25.9.2018 – 3 AZR 402/17, BB 2019, 51 Orientierungssätze, AP Nr. 73 zu § 1 BetrAVG; BAG, 25.9.2018 – 3 AZR 289/17.

28 BAG, 25.9.2018 – 3 AZR 402/17, BB 2019, 51 Orientierungssätze, Rn. 18.

29 BAG, 25.9.2018 – 3 AZR 402/17, BB 2019, 51 Orientierungssätze, Rn. 30 ff.; st. Rspr., vgl. BAG, 21.9.2011 – 7 ABR 54/10, BAGE 139, 197.

30 BAG, 25.9.2018 – 3 AZR 402/17, BB 2019, 51 Orientierungssätze 3 und 4.

31 BAG, 11.12.2018 – 3 AZR 453/17.

32 BAG, 11.12.2018 – 3 AZR 453/17, Rn. 42, Klarstellung zu BAG, 18.5.2010 – 3 AZR 80/08, BB 2011, 443 m. BB-Komm. *Küpper/Reichenbach*.

33 BAG, 11.12.2018 – 3 AZR 453/17, Rn. 48 ff., im Anschluss an h.M. in der Literatur, vgl. *Rolfs*, in: *Blomeryer/Rolfs/Otto, BetrAVG*, 7. Aufl. 2018, § 5, Rn. 106 m. w. N.

einheitlicher Auszahlung kann die BVV-Rente den jeweiligen Beiträgen zugeordnet und auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufgeteilt werden. Wegen der zeitlichen Aufteilbarkeit stellt die im ersten Zeitraum kofinanzierte BVV-Rente mithin einen anderen Versorgungsbezug dar als die ab 1.1.1987 durch Eigenvorsorge des Arbeitnehmers finanzierte BVV-Rente.

VIII. Unverfallbarkeit/unverfallbare Anwartschaft

1. Höhe der unverfallbaren Anwartschaft bei beitragsorientierten Leistungszusagen

Das BAG hat sich erstmals mit der Frage befasst, wie sich die Höhe einer unverfallbaren Anwartschaft aus einer beitragsorientierten Leistungszusage gemäß § 2 Abs. 5 BetrAVG i. d. F. ab dem 1.1.2018 (entspricht § 2 Abs. 5 a BetrAVG a. F.) unter Berücksichtigung der Bestimmungen in der Versorgungsregelung berechnet.³⁴ Zwischen dem PSVaG und einem vor Eintritt eines Versorgungsfalles bei der Insolvenzschuldnerin ausgeschiedenen Mitarbeiters bestand Streit über die Höhe seiner unverfallbaren Anwartschaft, insbesondere über die Frage, ob die bis zum Ausscheiden erreichten Beiträge auch nach Eintritt des Sicherungsfalles zu verzinsen seien. Nach der dem Kläger 2003 erteilten unmittelbaren Zusage werden arbeitgeberfinanzierte Beiträge einem Versorgungskonto gutgeschrieben und jährlich mit dem Höchstrechnungszins der Versicherungswirtschaft (ursprünglich 2,75 % p. a.) verzinst, ggf. werden bei Eintritt des Versorgungsfalles weitere Überschussgutschriften zugewiesen. In einer 2005 zwischen den Arbeitsvertragsparteien geschlossenen Vereinbarung wurde für die betriebliche Altersversorgung auf die Anwendbarkeit der jeweils gültigen Gesamtbetriebsvereinbarung verwiesen. Nach vorzeitigem Ausscheiden des Klägers mit gesetzlich unverfallbarer Anwartschaft wurde der Arbeitgeber insolvent. Nach dem vom PSVaG erstellten Anwartschaftsausweis steht dem Kläger eine unverfallbare Anwartschaft auf Zahlung eines bestimmten Kapitalbetrags bei Erreichen der Altersgrenze zu, ohne eine Verzinsung dieses Betrags nach dem Zeitpunkt des Sicherungsfalles.

Das BAG hat festgestellt, dass die Eintrittspflicht des PSVaG nicht die Verzinsung des auf dem Versorgungskonto des Klägers befindlichen Versorgungskapitals nach dem Sicherungsfall umfasst. Die Höhe der Anwartschaft, für die der PSVaG gemäß § 7 Abs. 2 Satz 3 BetrAVG einsteht, richtet sich nach § 2 Abs. 1, Abs. 2 BetrAVG, es sei denn, § 2 Abs. 5 BetrAVG ist anwendbar. Das BAG bejaht hier die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 5 BetrAVG: Es liege eine beitragsorientierte Leistungszusage (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG) vor, da die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Beiträge in eine Anwartschaft auf Alters- und Invaliditätsversorgung umgewandelt werden. Der Kläger hat bei Eintritt eines Versorgungsfalles Anspruch auf Auszahlung des sich auf seinem Versorgungskonto angesammelten Versorgungsguthabens, bestehend aus Beiträgen und Zinsen, nach Maßgabe der Auszahlungsrichtlinie. Zum Zeitpunkt der Umwandlung steht auch unmittelbar fest, welche Anwartschaft auf künftige Leistungen der Kläger durch die Umwandlung der Beiträge erwirbt.³⁵ Zwar ist die Zusage bereits vor Inkrafttreten des § 2 Abs. 5 a BetrAVG a. F. am 1.1.2001 erteilt worden. Gemäß § 30g Abs. 2 Satz 2 BetrAVG kann diese Regelung aber „im Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“ angewendet werden. Das „Einvernehmen“ findet sich vorliegend in der 2005 getroffenen Vereinbarung mit dynamischem Verweis auf die jeweils anwendbaren Gesamtbetriebsvereinbarungen findet, die eine

Berechnung nach § 2 Abs. 5 BetrAVG vorsehen. Für das „Einvernehmen“ müsse der Wortlaut § 2 Abs. 5 BetrAVG nicht erwähnen, ausreichend sei vielmehr die Einigung, dass sich die zugesagten Leistungen nach einer Versorgungsordnung bestimmen, die eine Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft nach Maßgabe von § 2 Abs. 5 BetrAVG vorsieht.³⁶ In den Entscheidungsgründen vertritt das BAG die Auffassung, dass § 2 Abs. 5 BetrAVG einem unverfallbar ausgeschiedenen Mitarbeiter keinen Anspruch auf den Zins nach seinem Ausscheiden gewähre. Entsprechend sei auch der Insolvenzschutz gemäß § 7 Abs. 2 Satz 3 BetrAVG begrenzt. Zwar sei in der Versorgungsordnung eine Verzinsung der Beiträge auch nach dem unverfallbaren Ausscheiden angeordnet, damit gehe der Arbeitgeber aber über die gesetzlichen Vorgaben zu Gunsten der Mitarbeiter hinaus. Solche vertraglichen Besserstellungen erfasse der gesetzliche Insolvenzschutz nicht. Seine Aussagen zur Verzinsung bezieht das BAG – über den konkreten Fall hinaus – auch ausdrücklich auf das nicht insolvenzbedingte Ausscheiden mit gesetzlich unverfallbarer Anwartschaft: § 2 Abs. 5 BetrAVG sehe vor, dass sich die erreichte Anwartschaft auf die bis zum Ausscheiden des Arbeitnehmers umgewandelten Beiträge einschließlich der nach der Versorgungsordnung erzielten Erträge beschränke.³⁷ Damit stellt sich das BAG im Hinblick auf die Höhe einer unverfallbaren Anwartschaft gemäß § 2 Abs. 5 BetrAVG gegen die in der rechtswissenschaftlichen Literatur überwiegend vertretene Auffassung.³⁸ Das BAG geht nicht darauf ein, dass insofern Wertungswidersprüche zwischen beitragsorientierten und durch Entgeltumwandlung finanzierten Zusagen entstehen könnten, die § 2 Abs. 5 BetrAVG gleichsetzt. Bei Entgeltumwandlung gebietet schon das Gebot der Wertgleichheit, dass der Arbeitnehmer bis zum Eintritt des Versorgungsfalles von der Wertentwicklung der von ihm selbstfinanzierten Versorgung profitiert. Gedanklich bestehen auch Wertungswidersprüche zur Behandlung von gesetzlich unverfallbaren Anwartschaften aus Direktversicherungen, bei denen unverfallbar ausgeschiedene Mitarbeiter weiterhin Anspruch auf Überschüsse aus dem beitragsfrei gestellten Vertrag haben. Es bleibt abzuwarten, wie sich das BAG in künftigen Fällen positionieren wird, in denen der gesetzliche Insolvenzschutz nicht berührt ist, und damit die Gelegenheit besteht, jetzt entstandene Wertungswidersprüche aufzulösen.

2. Abgrenzung: Eintritt des Versorgungsfalles beim betriebstreu und beim vorzeitig mit unverfallbarer Anwartschaft ausgeschiedenen Mitarbeiter

Beim Versorgungsfall Erwerbsminderung kommt es regelmäßig vor, dass die gesetzliche Rentenversicherung das Vorliegen der Erwerbsminderung erst rückwirkend feststellt. Da betriebliche Versorgungszusagen für Erwerbsminderungsleistungen aber häufig einen entsprechenden Antrag des Mitarbeiters fordern, hatte sich das BAG mit der Frage zu befassen, ob bei einem vorzeitig vor Erreichen der Altersgrenze ausgeschiedenen Mitarbeiter, für den die gesetzliche Rentenversicherung rückwirkend den Eintritt der Erwerbsminderung wäh-

34 BAG, 23.1.2018 – 3 AZR 359/16, BAGE 161, 319, BB 2018, 819 Ls.

35 BAG, 23.1.2018 – 3 AZR 359/16, BAGE 161, 319, BB 2018, 819 Ls, Rn. 23, Bestätigung von BAG, 30.8.2016 – 3 AZR 361/15, BAGE 156, 184, BB 2016, 2995 Ls.

36 BAG, 23.1.2018 – 3 AZR 359/16, BAGE 161, 319, BB 2018, 819 Ls, Rn. 29 ff.

37 BAG, 23.1.2018 – 3 AZR 359/16, BAGE 161, 319, BB 2018, 819 Ls, Rn. 42.

38 Vgl. *Kruip/Karst*, in: *Schlewing/Henssler/Schipp/Schnitker, Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung*, Stand: Januar 2015, Teil 6 A, Rn. 180; *Kister-Kölkes*, in: *Kemper/Kisters-Kölkes/Berenz/Huber/Betz-Rehm, BetrAVG*, 8. Aufl. 2018, § 2, Rn. 191; *Anm. Höfer*, *BetrAVG* 2018, 517.

rend seines Arbeitsverhältnisses festgestellt hat, trotz erst späterer Beantragung der Betriebsrente der Versorgungsfall als „Betriebstreuer“ eingetreten ist oder ihm nur eine unverfallbare Anwartschaft zusteht.³⁹ Die tarifvertragliche Versorgungszusage regelt als Voraussetzungen für die Zahlung von Erwerbsminderungsrente die Beendigung oder das Ruhen des Beschäftigungsverhältnisses vor Erreichen der festen Altersgrenze und das Vorliegen von Erwerbsminderung im Sinne der gesetzlichen Rentenversicherung, die durch Vorlage des bestandskräftigen Bescheids eines deutschen Rentenversicherungsträgers nachzuweisen ist. Unter der Überschrift „Allgemeine Leistungsvoraussetzungen“ ist festgelegt, dass Versorgungsleistungen vom Berechtigten schriftlich zu beantragen sind. Als das Arbeitsverhältnis des Klägers durch gerichtlichen Vergleich zum 31.12.2008 vor Erreichen der festen Altersgrenze endete, war er – wie die gesetzliche Rentenversicherung später durch Bescheid vom 30.6.2010 rückwirkend feststellte – bereits voll erwerbsgemindert. Die Rentenversicherung gewährte Erwerbsminderungsrente rückwirkend ab Antragsstellung zum 1.1.2009. Auf Antrag des Klägers, den er erst nach Vorliegen des Rentenbescheids gestellt hatte, zahlt der Arbeitgeber die Erwerbsminderungsrente auf Grundlage einer bei Ausscheiden am 31.12.2008 erworbenen gesetzlich unverfallbaren Anwartschaft gemäß § 2 Abs. 1 BetrAVG. Er begründet dies damit, dass der Versorgungsfall Erwerbsminderung bei mit unverfallbarer Anwartschaft Ausgeschiedenen erst mit Antragsstellung eintrete.

Das BAG hat festgestellt, dass beim Kläger der Versorgungsfall Erwerbsminderung bereits vor seinem Ausscheiden eingetreten und er somit als bis dahin „betriebstreuer“ Arbeitnehmer ausgeschieden war. Versorgungszusagen können die Voraussetzungen des Eintritts des Versorgungsfalls, der nicht gesetzlich geregelt ist, eigenständig festlegen und inhaltlich ausgestalten, auch bei Anknüpfung an das Recht der gesetzlichen Rentenversicherung muss kein Gleichlauf gegeben sein. Vorliegend verlangt die tarifvertragliche Regelung zur Erwerbsminderung nach Auslegung durch das BAG nicht, dass der Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses – zumindest auch – in der Erwerbsminderung des Arbeitnehmers liegen muss. Den erforderlichen Antrag auf Gewährung von Versorgungsleistungen habe der Kläger ebenfalls gestellt, wenn auch erst nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis. Das BAG legt den streitgegenständlichen Tarifvertrag so aus, dass es für den Eintritt des Versorgungsfalls Erwerbsminderung nicht darauf ankommt, wann der Versorgungsberechtigte einen solchen Antrag stellt. Sinn und Zweck der Regelung zum Antragserfordernis, systematische Erwägungen sowie die gesetzeskonforme Auslegung des Tarifvertrags sprächen dagegen, dass ein Antrag konstitutives Element des Eintritts eines Versorgungsfalls sei. Vielmehr diene der Antrag Dokumentations- und Beweiswecken sowie der Überwälzung des Initiativrechts für die Leistungsgewährung vom Arbeitgeber auf die Versorgungsberechtigten. Das Verständnis des Antrags als Bestandteil des Eintritts des Versorgungsfalls widerspricht nach der Auffassung des BAG auch den zwingenden Wertungen zur unverfallbaren Anwartschaft gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1, § 1b Abs. 1 BetrAVG. Nach diesen gesetzlichen Vorschriften muss einem vor Eintritt eines Versorgungsfalls aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidenden Arbeitnehmer sein späterer Anspruch auf Versorgungsleistungen als Anwartschaft erhalten bleiben, wenn er die gesetzlichen Unverfallbarkeitsvoraussetzungen erfüllt. Der Regelung liegt die Vorstellung zugrunde, dass nur der Arbeitnehmer i. S. v. §§ 1b, 2 BetrAVG vorzeitig ausgeschieden ist, der nicht bis zum Eintritt eines Versorgungsfalls

betriebszugehörig war. Bei der Abgrenzung des bis zum Eintritt des Versorgungsfalls „betriebstreuen“ Arbeitnehmer vom vorzeitig i. S. v. § 1b Abs. 1 BetrAVG ausscheidenden Arbeitnehmer seien die nach § 19 Abs. 1 BetrAVG⁴⁰ zwingenden Wertungen in §§ 1, 1b BetrAVG zu beachten, von denen auch Tarifvertragsparteien nicht zulasten des Arbeitnehmers abweichen können.⁴¹ Abzugrenzen sei danach, ob der Arbeitnehmer zu einem Zeitpunkt aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, zu dem sich das vom Arbeitgeber in der Zusage übernommene biometrische Risiko realisiert hat. Dagegen komme es nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Arbeitnehmer bei seinem Arbeitgeber einen Antrag auf Versorgungsleistungen gestellt hatte.

Die Frage, ob ein Antragserfordernis auch einer rückwirkenden Zahlung von Betriebsrente entgegengehalten werden kann, wenn die gesetzliche Rentenversicherung das Vorliegen der Erwerbsminderung rückwirkend feststellt, ist Gegenstand eines weiteren derzeit vor dem BAG anhängigen Verfahrens.⁴²

3. Tarifverträge: Möglichkeit der Abweichung von § 2, 30g Abs. 2 BetrAVG bei der Höhe unverfallbarer Anwartschaften

Das BAG hat anlässlich eines Rechtsstreits zwischen dem Bundesverband der Innungskrankenkassen und einem ehemaligen Mitarbeiter über die Höhe seiner unverfallbaren Anwartschaften aus dem maßgeblichen Tarifvertrag festgestellt, dass § 19 Abs. 1 BetrAVG⁴³ es den Tarifvertragsparteien erlaubt, Regelungen zur Höhe von Versorgungsleistungen aus einer unverfallbaren Anwartschaft nicht nur abweichend von § 2 BetrAVG, sondern auch von der Übergangsvorschrift des § 30g Abs. 2 BetrAVG zu treffen.⁴⁴ Die Tarifvertragsparteien können somit auch für Versorgungszusagen, die vor dem 1.1.2001 erteilt wurden (sog. Altzusagen), die Berechnung unverfallbarer Anwartschaften abweichend von § 2 BetrAVG anordnen.

IX. Änderung/Widerruf von Versorgungszusagen

1. Voraussetzungen des Widerrufs einer Versorgungszusage – Keine Bindungswirkung familiengerichtlicher Entscheidungen

Das BAG hat seine Rechtsprechung bestätigt, dass ein Widerruf einer Versorgungszusage nur unter sehr eng gefassten Voraussetzungen möglich ist und zudem festgestellt, dass familiengerichtliche Entscheidungen keine Bindung für die arbeitsrechtliche Frage haben, ob eine Versorgungszusage tatsächlich besteht.⁴⁵ Zwischen dem Kläger und seinem ehemaligen Arbeitgeber war streitig, ob die Versorgungszusage des Klägers (durchgeführt über eine Unterstützungskasse) im Versorgungsfall noch bestand. Die zugrunde liegende Betriebsvereinbarung behielt sich den Widerruf insbesondere für Fälle vor, in denen Versorgungsberechtigte den Arbeitgeber durch rechtswidrige Handlung erheblich schädigen und dafür rechtskräftig verurteilt werden. Der Kläger entwendete durch buchungstechnische Manipulationen mindestens 50 komplette Radsätze des Arbeitgebers im Wert von rund

39 BAG, 23.1.2018 – 3 AZR 448/16, BAGE 161, 335, BB 2018, 1212 m. BB-Komm. Frank.

40 Bis 31.12.2017: § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG.

41 BAG, 23.1.2018 – 3 AZR 448/16, BAGE 161, 335, BB 2018, 1212 m. BB-Komm. Frank, Rn. 34 ff.

42 BAG, 3 AZR 207/18, Termin zur mündlichen Verhandlung am 14.5.2019.

43 Bis 31.12.2017: § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG.

44 BAG, 20.2.2018 – 3 AZR 252/17, BAGE 162, 46, BB 2018, 1139 Ls.

45 BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 738/16, BAGE 162, 361, BB 2018, 1715 Ls.

40000 Euro und veräußerte diese an Dritte. Die gegen die fristlose Kündigung seines Arbeitsverhältnisses erhobene Klage nahm der Kläger später zurück, ebenso seinen Einspruch gegen den für die Straftat ergangenen Strafbefehl. Der Beirat der Unterstützungskasse widersprach daraufhin die Versorgungszusage. Im später durchgeführten Versorgungsausgleichsverfahren zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau teilte der Arbeitgeber mit, dass wegen Widerrufs kein betriebliches Versorgungsanrecht bestehe. Im rechtskräftigen Beschluss des Familiengerichts wurde dieses Versorgungsanrecht daher nicht aufgeteilt. Im nunmehr eingetretenen Versorgungfall „Alter“ verlangt der Kläger Versorgungsleistungen von seinem ehemaligen Arbeitgeber.

Das BAG hat festgestellt, dass dem Kläger eine Altersrente nach der Versorgungszusage zu gewähren ist, und dabei seine ständige Rechtsprechung zum Widerruf von Versorgungszusagen bestätigt.⁴⁶ Trotz vorbehaltenen Widerrufs kann sich danach ein Arbeitgeber von einer Versorgungszusage wegen grober Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers nur dann „lösen“ und die Leistung verweigern, wenn das Versorgungsverlangen des Arbeitnehmers als rechtsmissbräuchlich i. S. v. § 242 BGB einzustufen ist. Dies kann dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer die Unverfallbarkeit seiner Versorgungsanwartschaft nur durch Vertuschung schwerer Verfehlungen erschlichen hat, also der Arbeitgeber bei rechtzeitiger Entdeckung der Verfehlungen vor Eintritt der Unverfallbarkeit das Arbeitsverhältnis fristlos gekündigt hätte und er nur durch Vertuschung des Fehlverhaltens daran gehindert wurde.⁴⁷ Ein Rechtsmissbrauchseinwand besteht auch, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch grobes Fehlverhalten einen nicht behebbaren, insbesondere durch Ersatzleistung nicht wiedergutzumachenden, existenzgefährdenden Schaden zugefügt hat.⁴⁸ Der Entzug von Versorgungsanwartschaften sei keine Sanktion für eine Verletzung vertraglicher Pflichten, auch wenn eine grobe Pflichtverletzung vorliegt. Vielmehr habe der Arbeitgeber die Möglichkeit, den Arbeitnehmer auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen oder ab Versorgungsfall gegen den Betriebsrentenanspruch aufzurechnen. Im entschiedenen Fall war die Anwartschaft des Klägers bereits vor den Taten unverfallbar, auch fehlte es an einer Existenzgefährdung des Arbeitgebers. Dem Anspruch des Klägers auf Altersrente ließ sich auch nicht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens entgegenhalten. Weder die Rücknahme der Kündigungsschutzklage noch das Akzeptieren des Strafbefehls, das Nichtvorgehen gegen den Widerruf der Zusage sowie die fehlende Beanstandung der Auskunft des Arbeitgebers im Versorgungsausgleichsverfahren begründe ein schützenswertes Vertrauen des Arbeitgebers, der Kläger werde die Versorgungsleistung nicht mehr beanspruchen.

Im entschiedenen Fall befasst sich das BAG mit dem Verhältnis familiengerichtlicher Entscheidungen im Versorgungsausgleich zur betrieblichen Altersversorgung und grenzt die Zuständigkeit von Familien- und Arbeitsgericht erstmals eindeutig ab. Nach Auffassung des BAG haben familiengerichtliche Entscheidungen Bindungswirkung dafür, wie der Ehezeitanteil eines Anrechts zu bestimmen und der Ausgleich vorzunehmen ist, nicht aber für die Frage, ob eine Versorgung überhaupt besteht. Soweit Letzteres unklar sei, gibt § 221 des Gesetzes über das Verfahren in Familiengerichtssachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vor, dass das Versorgungsausgleichsverfahren bis zu einer Klärung dieser Frage vor einem Fachgericht (hier: Arbeitsgericht) auszusetzen sei. Damit liege § 221 FamFG die Vorstellung zugrunde, dass die familienge-

richtliche Entscheidung über den Versorgungsausgleich nicht rechtskräftig über den Bestand und den Umfang der vom ausgleichspflichtigen Ehegatten erworbenen künftigen Versorgungsansprüche entscheiden könne.⁴⁹

2. Tarifliche Neuordnung: Wegfall einer Hinterbliebenenversorgung nach Eintritt des Versorgungsfalls ist unzulässig

Anlässlich der Neuordnung einer tariflichen betrieblichen Altersversorgung hat das BAG entschieden, dass der Wegfall einer Hinterbliebenenversorgung, die einem Betriebsrentner auch nach Eintritt des Versorgungsfalls Alters noch zustand, durch ablösende tarifliche Neuordnung – auch angesichts des den Tarifvertragsparteien grundsätzlich zustehenden größeren Ermessensspielraums – nicht gerechtfertigt ist.⁵⁰ Der Kläger hatte eine Zusage auf betriebliche Altersversorgung nach dem Firmen-Tarifvertrag für das Cockpitpersonal erhalten, die ihm – nachdem der Arbeitgeber aus der VBL ausgeschieden war – eine VBL-gleiche Versorgung zusagte. Der Kläger nahm ab 2001 vorzeitige Altersrente in Anspruch und heiratete nach Eintritt des Versorgungsfalls, aber vor Alter 65. Nach dem maßgeblichen Tarifvertrag ist eine Witwenrente dann ausgeschlossen, wenn der berechtigte Arbeitnehmer die Ehe erst nach Vollendung seines 65. Lebensjahres schließt. Zur Vereinheitlichung der betrieblichen Altersversorgung beim Arbeitgeber lösten die Tarifvertragsparteien den Tarifvertrag zur VBL-gleichen Versorgung im Jahr 2004 durch einen nachfolgenden Tarifvertrag ab, der alle Anwartschaften und Versorgungsleistungen aus der VBL-gleichen Versorgung zum 1.1.2002 auf das ansonsten konzernweit schon seit 1995 geltende System der betrieblichen Altersversorgung (TV 1995) überführte. Ausdrücklich erfasst waren die Ansprüche der Hinterbliebenen von Versorgungsberechtigten, die vor 2002 bereits Altersrenten bezogen. Der nach der Ablösung maßgebliche TV 1995 verlangt für Witwenrenten eine Eheschließung vor Eintritt eines Versorgungsfalls, so dass für den Kläger die Hinterbliebenenversorgung weggefallen wäre. Er verlangt nunmehr die Feststellung, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, bei Eintritt der entsprechenden Voraussetzungen eine Witwenrente nach dem ursprünglichen Tarifvertrag zu gewähren.

Das BAG hat den vollständigen und ersatzlosen Wegfall der Hinterbliebenenversorgung, die bei Eintritt des Versorgungsfalls Alter noch zugesagt war, durch die tarifliche Neuordnung für unzulässig erklärt. Grundsätzlich gelten zwar die tariflichen Neuordnungen auch für Versorgungsempfänger, so auch die Ausschlussklausel im TV 1995, die für den Kläger eine Hinterbliebenenversorgung ausschließt. Im Fall des Klägers stuft das BAG diese Klausel jedoch als unwirksam ein, da der dadurch bedingte Wegfall der Hinterbliebenenversorgung gegen die auch für die Tarifvertragsparteien verbindlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit verstoße. Das BAG bestätigt seine ständige Rechtsprechung, dass das von ihm zur materiellen Überprüfung von Eingriffen in Versorgungsanwartschaften entwickelte dreistufige Prüfungsschema auf Tarifverträge

46 BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 77/15; BAG, 17.6.2014 – 3 AZR 412/13; BAG, 13.11.2012 – 3 AZR 444/10, BAGE 143, 273.

47 Vgl. BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 738/16, BAGE 162, 361, BB 2018, 1715 Ls, Rn. 42.

48 BAG, 26.4.2019 – 3 AZR 738/16, BAGE 162, 361, BB 2018, 1715 Ls, Rn. 43; BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 77/15, Rn. 57 m. w. N.

49 BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 738/16, BAGE 162, 361, BB 2018, 1715 Ls, Rn. 33; im Anschluss an OLG Karlsruhe, 14.6.2017 – 5 UF 43/17.

50 BAG, 31.7.2018 – 3 AZR 731/16, BB 2018, 2611 Ls, AP Nr. 40 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung.

nicht übertragbar sei, sondern den Tarifvertragsparteien bei der inhaltlichen Gestaltung ablösender Regelungen zur betrieblichen Altersversorgung wegen der für sie geltenden Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) ein größerer Beurteilungs- und Ermessensspielraum zusteht, begrenzt nur durch die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit. Eingriffe in Versorgungsrechte oder laufende Betriebsrenten durch tarifliche Regelungen bedürfen besonderer, den Eingriff legitimierender Gründe.⁵¹ Erfolgen Eingriffe nach Eintritt des Versorgungsfalls Alter, können nach dem BAG allenfalls noch geringfügige Verschlechterungen der zugesagten Versorgung gerechtfertigt sein, da die Versorgungsempfänger ihre Gegenleistung für die zugesagte Versorgungsleistung bereits vollständig erbracht haben und auf eine veränderte Versorgungssituation praktisch nicht mehr reagieren können. Der vollständige und ersatzlose Wegfall der Hinterbliebenenversorgung auch für Versorgungsempfänger sei angesichts deren erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung für die Berechtigten nicht geringfügig und damit als regelmäßig unzulässig einzuordnen.⁵²

X. Anpassung

1. Wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers: Maßgeblichkeit handelsrechtlicher Jahresabschlüsse, nicht der Abschlüsse nach internationalen Rechnungslegungsstandards

In zwei Entscheidungen zur Anpassungsprüfung nach § 16 BetrAVG hat das BAG seine ständige Rechtsprechung bestätigt, dass zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers im Rahmen der Anpassungsprüfung nur die handelsrechtlichen Jahresabschlüsse des Versorgungsschuldners maßgeblich sind und nicht etwa nach internationalen Rechnungslegungsstandards (IFRS, IAS) erstellte (Konzern-)Abschlüsse.⁵³ Im ersten Fall⁵⁴ verlangt die Klägerin, die von 1967 bis 2005 in einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten stand und am Flughafen Frankfurt beschäftigt war, die Anpassung ihrer seit dem 1.8.2005 bezogenen Betriebsrente jeweils zum Stichtag 1.1. in 2010, 2011, 2012 und 2013. Die Beklagte ist eine weltweit tätige Fluggesellschaft in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft nach kanadischem Recht. Die maßgebliche Versorgungsordnung sieht Anpassungsprüfungen alle drei Jahre und eine Anpassung nach freiem Ermessen gemäß den deutschen Rentenbestimmungen vor, wobei die Interessen der Betriebsrentner und die wirtschaftliche Situation der Beklagten berücksichtigt wird. In ihrer betrieblichen Praxis führte die Beklagte für die Betriebsrentner jeweils nach einer dreijährigen Wartezeit jährliche Anpassungsprüfungen zum 1.1. eines Jahres durch. Die Betriebsrente der Klägerin wurde lediglich 2011 angepasst. Für die Nichtanpassung zu den weiteren Stichtagen berief sich die Beklagte – unter Vorlage von Jahresabschlüssen nach IFRS – auf ihre ungünstige wirtschaftliche Lage. Gegen die Nichtanpassung wendet sich die Klägerin mit ihrer Revision, auf die das BAG den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen hat.

Nach dem BAG untersteht das auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Recht der Rechtswahl durch die Parteien (Art. 27 ff. EGBGB), die nicht ausdrücklich erfolgen muss, sondern sich konkludent aus dem Vertrag und den Umständen ergeben kann. Da die Parteien während des Rechtsstreits übereinstimmend von der Anwendung deutschen Rechts ausgingen, liege hierin die stillschweigende

Rechtswahl. Für die Anpassungstermine legt das BAG den Drei-Jahres-Rhythmus des § 16 Abs. 1 BetrAVG zugrunde, ein Anspruch auf jährliche Anpassungsprüfung sei nicht durch betriebliche Übung entstanden, so dass es nur um den Anpassungsstichtag in 2012 gehen könne. Nach ständiger Rechtsprechung können Ansprüche aus betrieblicher Übung nur entstehen, wenn es keine andere kollektiv- oder individualrechtliche Anspruchsgrundlage für die Gewährung der Vergünstigungen gibt. Sie entstehen nicht, wenn sich der Arbeitgeber irrtümlich zur Leistungserbringung verpflichtet glaubt. Die Anpassungspraxis der Vergangenheit (jährliche Anpassungen nach dreijähriger Wartezeit) geht darauf zurück, dass die Beklagte der Versorgungsordnung diese Verpflichtung irrtümlich entnahm. Daraus durften die Betriebsrentner aber nicht schließen, die Betriebsrenten würden künftig unabhängig von bestehenden rechtlichen Verpflichtungen angehoben.⁵⁵ Das BAG bestätigt seine ständige Rechtsprechung, dass es für die im Rahmen des § 16 Abs. 1 BetrAVG zu berücksichtigende wirtschaftliche Lage auf die Verhältnisse im Unternehmen des versorgungspflichtigen Arbeitgebers – auch bei Konzerneinbindung – ankommt, für die dem Arbeitgeber auch die Darlegungs- und Beweislast obliegt. Für die Frage, ob die wirtschaftliche Lage dem Arbeitgeber erlaubt, eine Anpassung abzulehnen, sei ein für alle Arbeitgeber einheitlich geltender Maßstab anzulegen, der die wirtschaftliche Lage objektiv wiedergibt. Dies sei nur bei handelsrechtlichen Jahresabschlüssen gewährleistet, nicht bei Jahresabschlüssen nach IFRS, die nur für kapitalmarktorientierte Unternehmen Bedeutung haben und nicht dem Gläubigerschutz dienen, sondern kapitalmarktbezogene Informationen liefern.⁵⁶ Daraus folge allerdings nicht, dass die Beklagte, die nicht zur Erstellung von Jahresabschlüssen nach handelsrechtlichen Rechnungslegungsregeln verpflichtet ist, solche anzufertigen habe. Sie müsse jedoch die erforderlichen Berechnungsfaktoren (z.B. Betriebsergebnisse und die Höhe des Eigenkapitals) anhand der vom Senat entwickelten Kriterien zu den handelsrechtlichen Abschlüssen nachvollziehbar vortragen und angeben, wie sie die Zahlen ermittelt hat.

XI. Insolvenzversicherung

1. § 7 BetrAVG: Umfang des Insolvenzschutzes für Versorgungsempfänger und -anwärter

Anlässlich eines Rechtsstreits über den Umfang des Insolvenzschutzes für eine Energiebeihilfe nach tariflichen Regelungen des Steinkohlebergbaus hat das BAG seine Rechtsprechung zum unterschiedlichen Umfang des Insolvenzschutzes für Versorgungsempfänger und -anwärter nach § 7 BetrAVG bestätigt.⁵⁷ Im zugrunde liegenden Fall galt für das Arbeitsverhältnis des Klägers der Manteltarifvertrag des rheinisch-westfälischen Steinkohlebergbaus, der die Beendigung des Ar-

51 BAG, 31.7.2018 – 3 AZR 731/16, BB 2018, 2611 Ls, Rn. 39 ff.; vgl. BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 273/15, BB 2016, 2932 Orientierungssätze, Rn. 33 f.; BAG, 27.2.2007 – 3 AZR 734/05, BAGE 121, 321, Rn. 39 m. w. N.

52 BAG, 31.7.2018 – 3 AZR 731/16, BB 2018, 2611 Ls, Rn. 42 ff.

53 BAG, 12.12.2017 – 3 AZR 315/16, BAGE 161, 142, BB 2019, 596 m. BB-Komm. *Schnitker/Granetzny*; Anm. *Herda/Nebeling/Kruse*, DB 2018, 1472; BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 686/16, AP Nr. 123 zu § 16 BetrAVG, BB 2018, 3068 m. BB-Komm. *Wilhelm-Werkle*.

54 BAG, 12.12.2017 – 3 AZR 315/16, BAGE 161, 142, BB 2019, 596 m. BB-Komm. *Schnitker/Granetzny*.

55 BAG, 12.12.2017 – 3 AZR 305/16, BB 2019, 59, RIW 2018, 456, Rn. 44 ff.

56 BAG, 12.12.2017 – 3 AZR 305/16, BB 2019, 59, RIW 2018, 456, Rn. 55, vgl. BAG, 21.2.2017 – 3 AZR 455/15, BAGE 158, 165, BB 2017, 1011 Ls.

57 BAG, 20.2.2018 – 3 AZR 239/17, BB 2018, 1011 Orientierungssätze, AP Nr. 120 zu § 7 BetrAVG.

beitsverhältnisses mit Bezug eines Altersruhegelds oder der Rente wegen voller Erwerbsminderung vorsieht und Ausgeschiedenen als Energiebeihilfe den Bezug von Hausbrandkohlen zum günstigeren Preis gewährt. Nach Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis bezog der Kläger zunächst sog. Anpassungsgeld bzw. Knappschaftsausgleichsleistungen. Während dieses Zeitraums gewährte der vormalige Arbeitgeber, über dessen Vermögen am 1.6.2007 die Insolvenz eröffnet wurde, die Energiebeihilfe in voller Höhe. Seit dem 1.9.2007 – nach Vollerfüllung seines 60. Lebensjahres – bezog der Kläger eine gesetzliche Altersrente für langjährig unter Tage beschäftigte Bergleute nach § 238 SGB VI. Da der PSVaG als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung dem Kläger einen zeitratierlich auf Alter 65 berechneten Betrag für die Energiebeihilfe zahlt, klagt der Kläger auf Zahlung der vollen Energiebeihilfe. Wie die Vorinstanzen hat das BAG die Klage abgewiesen.

Der Umfang der Eintrittspflicht des PSVaG richtet sich danach, ob der Berechtigte beim Sicherungsfall schon Versorgungsempfänger war (§ 7 Abs. 1 BetrAVG) oder noch Versorgungsanwärter (§ 7 Abs. 2 BetrAVG). Versorgungsempfänger im Sinne von § 7 Abs. 1 BetrAVG sind Personen, bei denen zum Zeitpunkt des Sicherungsfalls ein Anspruch auf Versorgungsleistungen im Sinne eines Vollrechts entstanden ist. Auf die Fälligkeit oder den tatsächlichen Zahlungsbeginn kommt es dabei nicht an.⁵⁸ Das BAG ordnet den Kläger nach diesen Grundsätzen als Versorgungsanwärter ein, da die vor dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bezogenen Knappschaftsausgleichsleistungen kein biometrisches Risiko abdecken, sondern Instrument zum sozialverträglichen Personalabbau im Bergbau sind.⁵⁹ Auch bei der vor Alter 60 bezogenen Energiebeihilfe handelt es sich nicht um betriebliche Altersversorgung im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG. Der Versorgungsfall „Alter“ sei erst nach dem Sicherungsfall mit Vollerfüllung des 60. Lebensjahres und dem Bezug der gesetzlichen Rente eingetreten, ab da sei die Energiebeihilfe auch als betriebliche Versorgungsleistung einzuordnen. Der PSVaG habe die unverfallbare Anwartschaft gemäß § 7 Abs. 2 iVm § 2 Abs. 1 BetrAVG zutreffend durch zeitratierliche Berechnung auf Alter 65 ermittelt, an einer früheren festen Altersgrenze fehle es im Manteltarifvertrag. An die Stelle des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis trete dabei der Zeitpunkt des Sicherungsfalls, wenn das Arbeitsverhältnis bis dahin oder darüber hinaus ange dauert habe.

2. Vorlagebeschluss an EuGH: Insolvenzschutz für Gehaltsdynamik bis zur Insolvenz erworbener Anwartschaften bei anschließendem Betriebsübergang?

In zwei Verfahren hat das BAG dem EuGH verschiedene Fragen zum gesetzlichen Insolvenzschutz durch den PSVaG im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang gemäß § 613a BGB nach Insolvenz des Veräußerers vorgelegt.⁶⁰ Insbesondere fragt der 3. Senat in den Vorlagebeschlüssen, ob es mit Europarecht⁶¹ vereinbar sei, dass bei endgehaltsabhängigen Versorgungszusagen an Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse im Zuge des Betriebsübergangs auf den Erwerber übergehen, die Haftung des Erwerbers auf die ab Betriebsübergang erdiente Anwartschaft beschränkt ist, während der PSVaG wegen des Festschreibeffekts (§ 7 Abs. 2 S. 6 BetrAVG) nur für die bis zur Insolvenz erdiente Anwartschaft auf Basis des dann maßgeblichen Gehalts eintreten muss, mit der Folge, dass betroffene Arbeitnehmer den aus der Gehaltsdynamik nach Insolvenz resultierenden Anspruch als Forderung zur Insolvenztabelle anmelden müssen.

In dieser Konstellation stellt sich nach dem BAG zudem die Frage, ob der gesetzliche Insolvenzschutz auch zum Zeitpunkt des Sicherungsfalls noch verfallbare Anwartschaften erfassen muss, die erst wegen des durch Betriebsübergang fortbestehenden Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber unverfallbar werden.

XII. Fazit

Auch in Zukunft wird die Rechtsprechung des 3. Senats das Rechtsgebiet der betrieblichen Altersversorgung maßgeblich beeinflussen und der Praxis durch immer tiefer gehende rechtliche Klärung wichtige Leitlinien für die Gestaltung betrieblicher Versorgungswerke an die Hand geben. Zu erwarten ist eine weitere Präzisierung zu Gleichbehandlungs-/Diskriminierungsthemen sowie die Klärung von Fragen, die sich durch Änderungen des BetrAVG (Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie, Betriebsrentenstärkungsgesetz) in den letzten Jahren stellen. Ferner wird sich das BAG voraussichtlich in einer ersten Entscheidung zu der Anspruchskonkurrenz zwischen einer Anpassungsregelung gemäß § 16 Abs. 1 und 2 BetrAVG und einer vertraglichen 1%-Anpassung äußern sowie zu den Möglichkeiten eines Arbeitgebers, Versorgungsregelungen einseitig weiterzuentwickeln, soweit keine Mitbestimmungsrechte betroffen sind.

Theodor B. Cisch, RA, ist Gesellschafter-Geschäftsführer der auf Fragen betrieblicher Altersversorgung spezialisierten, bundesweit tätigen Förster & Cisch Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Wiesbaden. Er beschäftigt sich in seiner anwaltlichen Praxis umfassend mit dem Recht der betrieblichen Altersversorgung.



Christine Bleek, 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.



⁵⁸ BAG, 20.2.2018 – 3 AZR 239/17, BB 2018, 1011 Orientierungssätze, Rn. 15; BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 411/15, BAGE 156,196, BB 2017, 185 m. BB-Komm. Neufeld.

⁵⁹ Vgl. BAG, 10.2.2009 – 3 AZR 738/07.

⁶⁰ BAG, 16.10.2018 – 3 AZR 139 (A), BetrAV 2018, 661; BAG, 16.10.2018 – 3 AZR 878/16 (A); Entscheidungsbespr. Matthießen, DB 2018, 3059.

⁶¹ Art. 3 Abs. 4 der RL 2001/23/EG vom 12.3.2001; Art. 8 der RL 2008/94/EG vom 22.10.2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ABl. EU L 283/36 v. 28.10.2008.