

Betriebs Berater

19 | 2022

D&O-Versicherung ... Transfer Pricing ... ESG ... Massentlassung ... Recht ... Wirtschaft ... 9.5.2022 | 77. Jg.
Seiten 1025–1088

DIE ERSTE SEITE

Dr. André-M. Szesny, LL.M., RA

Der neue Referentenentwurf zum Hinweisgeberschutzgesetz –
Whistleblower-Hotlines werden bald Pflicht in Unternehmen

WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Dominic Thiele, LL.M., RA, und **Dr. Malte Stübinger**, Syndikus-RA

D&O-Versicherungen: Anrechnung von Schadenabwehrkosten auf die Deckungssumme und
Wirksamkeit von Serienschadenklauseln | 1027

Dr. Marco Niehaus, LL.M., LL.M. Eur., RA, und **Anna-Maria Baorda**, RAin

Bedeutung der Vinkulierung von GmbH-Geschäftsanteilen in der Insolvenz | 1033

STEUERRECHT

Dr. Andreas Eggert, RA/StB

Transfer Pricing und die konkreten Umstände des Einzelfalls – Anmerkungen zum Beschluss
des BVerfG 2 BvR 1161/19 und den Urteilen des BFH I R 4/17 und I R 62/17 | 1045

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Kfm. **Till Hannig**, RA, und **Marcel Tschatsch**, MBA, WP/StB

Auswirkungen von ESG auf die Steuerfunktion eines Unternehmens | 1064

ARBEITSRECHT

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

BB-Rechtsprechungsreport zur betrieblichen Altersversorgung 2021/2022 | 1075

Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M., RA/FAArbR, und **Johannes Tegel**

Soll-Angaben = Muss-Angaben? Neue Fragen im Recht der Massentlassung | 1084

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

BB-Rechtsprechungsreport zur betrieblichen Altersversorgung 2021/2022

Der 3. Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hat durch seine Rechtsprechung im aktuellen Berichtszeitraum (April 2021 bis März 2022) das Rechtsgebiet der betrieblichen Altersversorgung weiterentwickelt. Schwerpunkte lagen dabei wieder auf Fragen der Gleichbehandlung bzw. Diskriminierung (Berücksichtigung von Teilzeit und wechselndem Arbeitsverdienst, Höchstaltersgrenze), der AGB-Kontrolle und Auslegung von Versorgungszusagen (insbesondere zu Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung) und der Anrechnung anderer Leistungen auf Betriebsrenten. Konkretisiert hat das BAG seine Rechtsprechung zur Anpassung von laufenden Leistungen durch gewerkschaftliche Arbeitgeber. Nach Beantwortung seiner Vorlagefragen durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) hat das BAG jetzt die Rechtsstreite zur Haftung des Betriebserwerbers beim Betriebsübergang gemäß § 613a BGB aus der Insolvenz und den erforderlichen Mindest-Insolvenzschutz entschieden.

I. Gleichbehandlung/AGG

1. Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigung bei der betrieblichen Altersversorgung

Seine Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Teilzeitbeschäftigung für die Höhe der betrieblichen Altersversorgung hat das BAG bestätigt.¹ Sieht eine Versorgungszusage die endgehaltsbezogene Ermittlung einer Betriebsrente vor und wird diese bei Teilzeitbeschäftigung mit dem durchschnittlich während des gesamten Arbeitsverhältnisses erreichten Beschäftigungsgrad gekürzt, liegt darin keine Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter nach § 4 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG).

Eine als Konzernbetriebsvereinbarung in Kraft gesetzte Leistungsordnung berechnet die Höhe der Betriebsrente nach der anrechnungsfähigen Dienstzeit (begrenzt auf höchstens 35 Dienstjahre) und dem endgehaltsbezogen ermittelten ruhegeldfähigen Einkommen, das als Durchschnitt des vereinbarten Bruttogehalts in den letzten 36 Monaten der anrechnungsfähigen Dienstzeit definiert ist. Dabei wird das Einkommen oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung (BBG) mit einem höheren Faktor gewichtet als das Einkommen bis zur BBG (sog. gesplante Rentenformel). Für die zugesagte Rente gilt eine betragsmäßige Höchstgrenze. Dienstzeiten mit Teilzeitarbeit werden nur im anteiligen Verhältnis angerechnet, bei Überschreitung einer Dienstzeit von 35 Jahren finden die für den Mitarbeiter günstigsten Dienstjahre Berücksichtigung. Durch Protokollnotiz zur Konzernbetriebsvereinbarung haben die Betriebsparteien festgehalten, dass – vor dem Hintergrund einer angestrebten Gleichbehandlung aller Mitarbeitergruppen – für Teilzeitbeschäftigte eine zeitanteilig gekürzte Höchstgrenze heranzuziehen ist. Die beklagte Arbeitgeberin hat das Altersruhegeld der Klägerin, die 38 Jahre und 8 Monate mit unterschiedlichen Teilzeitgraden beschäftigt war,

unter Berücksichtigung der 35 Jahre der Betriebszugehörigkeit mit dem höchsten Teilzeitfaktor berechnet. Die Klägerin sieht in der Kürzung mit dem Teilzeitfaktor einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 1 TzBfG. Sie verlangt die Addition sämtlicher von ihr geleisteter Dienstjahre unter Berücksichtigung der Teilzeitfaktoren, dies entspräche 34,4 in Vollzeit erbrachten Dienstjahren. Das BAG hat die Berechnungsmethode der Arbeitgeberin bestätigt. Die Regelungen der Leistungsordnung seien gemäß § 4 Abs. 1 TzBfG nicht zu beanstanden, damit scheidet auch ein Verstoß gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 75 Betriebsverfassungsgesetz) aus. Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG darf ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigten eine unterschiedliche Behandlung. Ihm ist das Arbeitsentgelt oder eine andere teilbare geldwerte Leistung mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht (sog. Pro-rata-temporis-Grundsatz). Auch bei betrieblicher Altersversorgung ist es zulässig, diese anteilig nach dem Beschäftigungsumfang im Vergleich zu einem Vollzeitmitarbeiter mit gleicher Dauer der Betriebszugehörigkeit zu erbringen.² Nach dem BAG verstößt die Berechnung des Ruhegelds unter Berücksichtigung eines über die gesamte anrechenbare Dienstzeit ermittelten Beschäftigungsgrads, d.h. einer proportionalen Kürzung, nicht gegen das Benachteiligungsverbot für Teilzeitbeschäftigte, sondern entspricht auch bei einer endgehaltsbezogenen gesplante Rentenformel dem Pro-rata-temporis-Grundsatz. Das Versorgungsniveau werde nicht durch bestimmte Dienstjahre erdient, sondern durch die Betriebszugehörigkeit im gesamten Arbeitsverhältnis. Dies erlaube, Kürzungen des erreichbaren Versorgungsniveaus nach den Verhältnissen während der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses vorzunehmen. Die Dienstzeitbegrenzung auf 35 volle Dienstjahre bewirke weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Diskriminierung wegen der Teilzeitbeschäftigung. Die teilzeitbeschäftigte Klägerin sei nur mit einem Vollzeitbeschäftigten vergleichbar, der wie sie eine Beschäftigungszeit von 38 Jahren und 8 Monaten aufweist. Für beide wirkt sich die Betriebszugehörigkeit von mehr als 35 Jahren nicht ruhegeldsteigernd aus. Auch die Anwendung des Teilzeitfaktors auf die Höchstgrenze der Versorgung sei nach der Systematik der vorliegenden Leistungsordnung zulässig. Mit diesem Urteil trifft das BAG klare Aussagen zur Berücksichtigung von Teilzeit in Versorgungsregelungen und stellt heraus, dass für Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte gleichermaßen geltende Begrenzungen für Dienstjahre festgelegt werden können.

1 BAG, 23.3.2021 – 3 AZR 24/20, BB 2021, 1459 Ls, AP Nr. 20 zu § 1 BetrAVG Teilzeit.

2 BAG, 3.6.2020 – 3 AZR 480/18, AP Nr. 19 zu § 1 BetrAVG.

2. Tarifliche Versorgung: Definition des rentenfähigen Einkommens und Gleichheitssatz

Eine tariflich geregelte betriebliche Altersversorgung, die bei einem Arbeitsverhältnis „auf Abruf“ nur die Vergütung für die vertraglich vereinbarte Grundarbeitszeit und nicht die tatsächlich vergütete regelmäßige Zusatzarbeit als rentenfähig ansieht, während bei Vollzeitmitarbeitern die Grundvergütung auch für regelmäßige Zusatzarbeit rentenfähig ist, verstößt nach dem BAG gegen den allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 Grundgesetz (GG).³ Zwischen der beklagten Arbeitgeberin, die Catering-Dienstleistungen für Fluggesellschaften erbringt, und dem Kläger bestand ein „Teilzeitvertrag zur Anpassung der Arbeitszeit an den Arbeitsanfall“, der eine Grundarbeitszeit von 40 Stunden monatlich und die Erhöhung des Einsatzvolumens im gegenseitigen Einvernehmen nach Arbeitsanfall bis zum Stundensoll eines Vollzeitmitarbeiters vorsah. Tatsächlich arbeitete der Kläger regelmäßig weit mehr als die Grundarbeitszeit, nämlich durchschnittlich zwischen 114 und 170 Stunden monatlich. Die Beklagte gewährt ihren Arbeitnehmern betriebliche Altersversorgung nach Tarifvertrag. Der vertraglich in Bezug genommenen Tarifvertrag Lufthansa-Betriebsrente für das Bodenpersonal (TV LH BRB) bemisst die jährliche Betriebsrente als Summe der pro Kalenderjahr ermittelten Rentenbausteine, berechnet als Produkt des rentenfähigen Einkommens mit dem für das jeweilige Lebensalter festgelegten Rentenwert. Gemäß § 5 TV LH BRB ist Ausgangspunkt des rentenfähigen Einkommens für Vollzeitmitarbeiter die monatliche Grundvergütung, für Mitarbeiter „auf Abruf“ die Vergütung für die vertraglich vereinbarte Grundarbeitszeit. Dementsprechend berechnete die Beklagte die Rentenbausteine des Klägers auf Basis eines rentenfähigen Einkommens für 40 Stunden monatliche Arbeitszeit. Der Kläger rügt, die tarifliche Regelung zum rentenfähigen Einkommen für Abrufarbeitnehmer verstoße gegen § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG, Art. 3 Abs. GG und verlangt die Feststellung, dass seine Jahresrentenbausteine auf Basis der Vergütung für die von ihm tatsächlich geleisteten Stunden bis zum tariflichen Monatsstundenvolumen eines Vollzeitmitarbeiters zu berechnen seien.

Das BAG hat der Klage entsprochen. Die tarifvertragliche Regelung zum rentenfähigen Einkommens verstoße gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), soweit bei Mitarbeitern „auf Abruf“ trotz regelhafter und verstetigter, über die vertragliche Grundarbeitszeit hinausgehender und vergüteter Arbeitsleistung nur die Vergütung für die vereinbarte Grundarbeitszeit berücksichtigt werde. Der allgemeine Gleichheitssatz bilde als fundamentale Gerechtigkeitsnorm eine ungeschriebene Grenze der Tarifautonomie und verpflichte die Arbeitsgerichte, gleichheitswidrige Differenzierungen in Tarifnormen zu unterbinden.⁴ Zwar stehe den Tarifvertragsparteien wegen der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum, insbesondere ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum bei der inhaltlichen Gestaltung von Tarifregelungen, zu. Es genüge daher, wenn für die getroffene Regelung ein sachlich vertretbarer Grund besteht. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG sei erst anzunehmen, wenn die Tarifvertragsparteien es versäumten, tatsächliche Gemeinsamkeiten oder Unterschiede der zu ordnenden Lebensverhältnisse zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, dass sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise hätten beachtet werden müssen.⁵ Werden für verschiedene Arbeitnehmergruppen unterschiedliche Rechtsfolgen vorgesehen, muss diese Unterscheidung sachlich gerechtfertigt sein. Nach Auffassung des 3. Senats hält sich hier die tarifliche Regelung zum rentenfähigen Einkommen jedenfalls

dann nicht innerhalb des Gestaltungsspielraums der Tarifvertragsparteien, wenn Mitarbeiter „auf Abruf“ regelmäßig über die vertragliche Grundarbeitszeit hinaus vergütete Zusatzarbeit bis zum Arbeitszeitvolumen eines Vollzeitarbeitnehmers leisten. Der Arbeitgeber bzw. die Tarifvertragsparteien müssen zwar für die Höhe der betrieblichen Altersversorgung nicht an alle Entgeltkomponenten anknüpfen.⁶ Vorliegend führt aber die tarifliche Regelung dazu, dass Mitarbeiter „auf Abruf“ trotz regelmäßiger Tätigkeit über die Grundarbeitszeit hinaus und dadurch verdienter Vergütung schlechter behandelt werden als Vollzeitmitarbeiter, ohne dass dafür ein sachlicher Grund vorliegt. Betriebliche Altersversorgung hat Versorgungs-, aber auch Entgeltcharakter: Sie stellt eine Gegenleistung für die Beschäftigungszeit dar und damit auch für die innerhalb der Beschäftigung erbrachte Tätigkeit.⁷ Hier können weder Entgelt- noch Versorgungszweck eine Ausnahme derjenigen Vergütung, die Mitarbeiter „auf Abruf“ über die Grundarbeitszeit hinaus verdienen und die ihren Lebensstandard prägt, aus dem rentenfähigen Einkommen begründen. Die tarifliche Regelung zum rentenfähigen Einkommen in § 5 TV LH BRB führt daher – nicht nur in Einzelfällen – zu systemwidrigen und vermeidbaren Ungerechtigkeiten und zum Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Aus der daraus resultierenden Teilnichtigkeit der tariflichen Regelung folgt, dass der Kläger die vorenthaltene Vergünstigung beanspruchen und verlangen kann, dass sein rentenfähiges Einkommen entsprechend der Regelungen für Vollzeitmitarbeiter in anteiligem Umfang berechnet wird. Dies gilt auch dann, wenn der Tarifvertrag nicht kraft beiderseitiger Tarifbindung, sondern aufgrund einzelvertraglicher Bezugnahme anzuwenden ist.⁸

3. Zulässigkeit der Höchstaltersgrenze 55 für den Zugang zur betrieblichen Altersversorgung

Das BAG hat erneut seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Höchstaltersgrenzen für den Zugang zu betrieblicher Altersversorgung bestätigt.⁹ Die Festsetzung von Altersgrenzen in betrieblichen Versorgungssystemen ist nach § 10 Satz 3 Nr. 4 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) grundsätzlich zulässig, wenn die konkrete Altersgrenze gemäß § 10 Satz 2 AGG angemessen und erforderlich ist. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall meldete die beklagte Arbeitgeberin, eine Gewerkschaft, die erst nach der Vollendung ihres 55. Lebensjahres in ein Arbeitsverhältnis eingetretene Klägerin nicht bei der Unterstützungskasse des DGB an, da sie die festgelegte Höchstaltersgrenze 55 überschritten hatte.

Der 3. Senat bestätigt seine ständige Rechtsprechung, dass eine auf die Vollendung des 55. Lebensjahres festgelegte Höchstaltersgrenze für den Zugang zur betrieblichen Altersversorgung nach § 10 AGG zulässig ist und keine Diskriminierung wegen des Alters oder wegen des Geschlechts bewirkt. Bei freiwilligen zusätzlichen Leistungen wie der betrieblichen Altersversorgung stehe dem Arbeitgeber ein vom Gericht zu respektierender Gestaltungs- und Ermessensspielraum zu, der ihm auch die Festlegung einer Höchstaltersgrenze ermöglicht, bis

3 BAG, 23.2.2021 – 3 AZR 618/19, BB 2021, 1459 (Os), AP Nr. 7 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung.

4 BAG, 23.2.2021 – 3 AZR 618/19, BB 2021, 1459 (Os), Rn. 39.

5 BAG, 23.2.2021 – 3 AZR 618/19, BB 2021, 1459 (Os), Rn. 40; BAG, 29.9.2020 – 9 AZR 364/19, BAGE 172, 313.

6 Vgl. BAG, 10.12.2019 – 3 AZR 478/74, Rn. 64.

7 St. Rspr., vgl. BAG, 22.9.2020 – 3 AZR 433/19, BB 2021, 51 (Os); BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 19/17, BB 2018, 1587 (Os); BAG, 19.2.2019 – 3 AZR 198/18; BAG, 31.7.2018 – 3 AZR 731/16, BB 2018, 2611 Ls.

8 BAG, 23.2.2021 – 3 AZR 618/19, BB 2021, 1459 Ls, Rn. 68 ff.

9 BAG, 21.9.2021 – 3 AZR 147/21, BB 2021, 51 (Os), AP Nr. 17 zu § 10 AGG.

zu der er Arbeitnehmer in den Kreis der Begünstigten einer Versorgungszusage aufnimmt.¹⁰ Dabei dürfen berechnete Belange der Arbeitnehmer aber nicht außer Acht gelassen werden. Die Höchstaltergrenze 55 erachtet das BAG unter Zugrundelegung eines typischen Erwerbslebens von mindestens 40 Jahren für sachlich gerechtfertigt, da die Beschäftigten – ausgehend von einem Renteneintrittsalter von 65 Jahren – während drei Vierteln ihres Erwerbslebens Gelegenheit hatten, eine ausreichende Altersversorgung aufzubauen. An dieser typisierenden Betrachtung hält das BAG auch vor dem Hintergrund der Anhebung der Regelaltersgrenze fest, die letztlich zu einer Verlängerung des typischen Erwerbslebens führe.¹¹ Eine mittelbare Benachteiligung von Frauen durch die Höchstaltersgrenze, wie sie die Klägerin vortrug, liege ebenfalls nicht vor.

II. AGB-Kontrolle/Treu und Glauben

1. Invaliditätsversorgung: Ausschluss von Zeiten vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Im Rahmen eines Rechtsstreits über die Gewährung einer betrieblichen Invaliditätsversorgung hat sich das BAG mit der Leistungsvoraussetzung „Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis“ in Allgemeinen Geschäftsbedingungen befasst und seine Rechtsprechung dazu geändert.¹² Ein Arbeitgeber hatte seinem Mitarbeiter arbeitsvertraglich betriebliche Altersversorgung (Alters-, Dienstunfähigkeits- und Hinterbliebenenrenten) nach den jeweils geltenden Satzungen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) zweier von ihm eingeschalteter Pensionskassen zugesagt. Die AVB der Pensionskassen setzen für einen Anspruch auf Rentenleistungen die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses voraus. Der seit September 2017 durchgehend arbeitsunfähig erkrankte Kläger erhielt auf seinen Antrag vom 12.10.2017 mit Bescheid vom 15.1.2019 eine befristete gesetzliche Rente wegen voller Erwerbsminderung für den Zeitraum 1.4.2018 bis 31.8.2020. Da dem Kläger die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Voraussetzung für die betriebliche Dienstunfähigkeitsrente genannt worden war, wurde sein Arbeitsverhältnis durch Aufhebungsvertrag schnellstmöglich zum 28.2.2019 beendet. Seitdem bezieht der Kläger Dienstunfähigkeitsrente von beiden Pensionskassen. Da er die in den AVB geregelte Leistungsvoraussetzung, dass das Beschäftigungsverhältnis beendet sein müsse, wegen unangemessener Benachteiligung für unwirksam hält, verlangt er mit seiner Klage vom Arbeitgeber, gesamtschuldnerisch mit der jeweiligen Pensionskasse, die Zahlung der Dienstunfähigkeitsrente auch schon für die Zeit vom 1.4.2018 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Seine Revision gegen die klageabweisenden Urteile der Vorinstanzen hat das BAG zurückgewiesen, die Klage sei unbegründet.

Die Entscheidungsgründe enthalten zunächst grundlegende Ausführungen zur (subsidiären) Einstandspflicht des Arbeitgeber (§ 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG) und einer möglichen gesamtschuldnerischen Haftung mit der Pensionskasse im Bereich der betrieblichen Altersversorgung. Grundsätzlich besteht keine gesamtschuldnerische Haftung zwischen Arbeitgeber und Pensionskasse. Die Pensionskasse als externer Versorgungsträger haftet primär, der Arbeitgeber subsidiär aus der Einstandspflicht (§ 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG), die zu einem Verschaffungsanspruch führt, aber keine Gesamtschuld anordnet.¹³ Da die Verpflichtungen von Arbeitgeber einerseits und Pensionskasse andererseits gegenüber dem Versorgungsberechtigten nicht gleichstufig sind, fehlt es nach dem BAG im Regelfall an einer Tilgungsgemein-

schaft, die eine Gesamtschuld begründen könnte.¹⁴ Ausnahmsweise könne eine gesamtschuldnerische Haftung des vormaligen Arbeitgebers mit einer Pensionskasse bestehen, wenn die Versorgungsregelungen der Pensionskasse wegen Verstoßes gegen Diskriminierungsverbote unwirksam sind,¹⁵ was im vorliegenden Fall nicht gegeben war. Ebenso wenig lagen die Voraussetzungen einer Einstandspflicht des Arbeitgebers vor, so dass sich die Ansprüche allein gegen die Pensionskassen richteten. Nach der Auffassung des BAG unterliegen die AVB der Pensionskassen als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) der Kontrolle nach dem AGB-Recht (§§ 305 ff. BGB). Die arbeitsvertragliche Zusage nimmt die jeweils gültige Satzung und die jeweils geltenden AVB in Bezug, die – jeweils für eine Vielzahl von Verträgen formuliert und ohne Verhandlungsmöglichkeit gestellt – als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) auch für den Kläger gelten.¹⁶ Die Regelungen der AVB zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Voraussetzungen für den Versicherungsfall sind – wegen der Abweichung von den im BetrAVG angelegten Formen der Riskokabdeckung und damit der Vertragstypik – uneingeschränkt kontrollfähig. Nach dem BAG steht beim gesetzlichen Leitbild der betrieblichen Invaliditätsversorgung – in Anlehnung an die gesetzliche Rentenversicherung – die Entgeltersatzfunktion im Mittelpunkt: Kennzeichnend sei der Ausgleich für krankheits- und behinderungsbedingte Einkommensverluste des Arbeitnehmers vor Erreichen der Altersgrenze, dagegen sei das Ausscheiden der versorgungsberechtigten Person kein prägendes Merkmal.¹⁷ Während der 3. Senat in früheren Entscheidungen den Versorgungszweck betont und eine Leistung nur dann der betrieblichen Altersversorgung iSv § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG zugeordnet hat, wenn sie dazu diene, die Versorgung des Arbeitnehmers nach dem Ausscheiden aus dem Erwerbs- oder Berufsleben zu sichern¹⁸, knüpft er in jüngeren Entscheidungen allein an die Verwirklichung des abgesicherten Risikos an, das durch ein biologisches Ereignis gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG (Alter, Invalidität oder Tod) ausgelöst wird. Da das BetrAVG die Invaliditätsversorgung nicht selbst definiert, sondern sich an die gesetzliche Rentenversicherung anlehne, bestimme sich danach auch die Vertragstypik.¹⁹

Auf dieser Grundlage kommt das BAG zu dem Ergebnis, dass der vollständige Ausschluss einer betrieblichen Invaliditätsrente vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses von der Vertragstypik abweicht und – nach Abwägung der wechselseitigen Interessen – eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB) darstellt. Bei der Abwägung zu berücksichtigen sind nicht nur die Interessen des Versorgungsberechtigten und der Pensionskasse als Verwender

10 St. Rspr., BAG, 21.9.2021 – 3 AZR 147/21, BB 2021, 51 (Os), Rn.31 ff.; vgl. BAG, 8.12.2020 – 3 AZR 437/18, AP Nr. 54 zu § 5 BetrAVG; BAG, 18.3.2014 – 3 AZR 69/12, BB 2014, 1853 m. BB-Komm. *De Groot*.

11 BAG, 21.9.2021 – 3 AZR 147/21, BB 2021, 51 (Os), Rn. 40 ff.

12 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 298/20, BB 2022, 446 m. BB-Komm. *Lampe/Börner*, AP Nr. 19 zu § 1 BetrAVG Invaliditätsrente, BB 2022, 440 mit BB-Komm. *Lampe/Börner*.

13 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 298/20, BB 2022, 446 m. BB-Komm. *Lampe/Börner*, Rn. 16 ff.

14 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 298/20, BB 2022, 446 m. BB-Komm. *Lampe/Börner*, Rn. 21 ff. unter Verweis auf BGH, 28.11.2006 – VI ZR 136/05 zur Gleichstufigkeit. Dagegen kann auf Grundlage der BGH-Rspr. für die Verpflichtungen von Arbeitgeber und Unterstützungskasse eine Gleichstufigkeit angenommen werden.

15 Vgl. BAG, 11.12.2007 – 3 AR 249/06, BAGE 125, 133.

16 Vgl. BAG, 18.2.2020 – 3 AZR 137/19, AP Nr. 128 zu § 16 BetrAVG.

17 Vgl. BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 298/20, BB 2022, 446 m. BB-Komm. *Lampe/Börner*, Rn. 44.

18 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 298/20, BB 2022, 446 m. BB-Komm. *Lampe/Börner*, Rn. 40 unter Verweis auf BAG, 28.1.1986 – 3 AZR 312/84, BB 1987, 690; BAG 8.5.1990 – 3 AZR 121/89, BB 1990, 2410; BAG, 3.11.1998 – 3 AZR 454/97, BB 1999, 905.

19 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 298/20, BB 2022, 446 m. BB-Komm. *Lampe/Börner*, Rn. 41 ff., vgl. BAG, 23.1.2018 – 3 AZR 448/16, BB 2018, 947 Ls. BAG, 25.4.2017 – 3 AZR 668/15, BB 2017, 1523 (Os); BAG, 19.4.2011 – 3 AZR 350/09, AP Nr. 15 zu § 1 BetrAVG Auslegung; BAG 18.9.2007 – 3 AZR 391/06, AP Nr. 62 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung.

der AGB, sondern auch die des zusagenden Arbeitgebers. Zwar diene die Beschränkung der Invaliditätsversorgung auf Zeiten nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers dem Arbeitgeberinteresse der Vermeidung von Doppelleistungen (Entgelt und Versorgungsleistungen) und Planungssicherheit hinsichtlich des Arbeitsplatzes. Jedoch übe die Verknüpfung der Invalidenrente mit dem Ausscheiden Druck auf den Arbeitnehmer aus, über sein Arbeitsverhältnis bereits zu einem Zeitpunkt zu disponieren und ggf. aufzugeben, zu dem noch nicht feststehe, ob er überhaupt die Voraussetzungen für eine Invalidenrente erfülle und wie lange die Pensionskasse für eine Entscheidung über deren materiellen Voraussetzungen benötige. Dieser Druck sei nicht mehr hinnehmbar, wenn sich die positive Entscheidung aus Gründen, die nicht in der Sphäre des Versorgungsberechtigten liegen, um mehr als zwei Monate bei noch bestehendem Arbeitsverhältnis verzögerte. Für den Zeitraum einer solchen unangemessenen Verzögerung müssten – berechnet vom Ende des Arbeitsverhältnisses – rückwirkend Rentenleistungen erbracht werden.²⁰ Konsequenz der unangemessenen Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Unwirksamkeit der Beendigungsklausel, jedoch hält das BAG eine ergänzende Vertragsauslegung für geboten – wegen ansonsten vorliegender unzumutbarer Härte für den Arbeitgeber, der dann auch bei Altersrenten nicht mehr vor Doppelansprüchen geschützt wäre, und wegen der früheren BAG-Rechtsprechung²¹, die das Erfordernis einer vorherigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch bei der Invaliditätsrente grundsätzlich gebilligt hat.²² Inhalt der ergänzenden Auslegung ist, dass folgende Klausel als vereinbart gilt: „Die Dienstunfähigkeitsrente wird ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses rückwirkend für die Dauer des Zeitraumes gewährt, um den sich die positive Entscheidung auf einen Antrag des Mitglieds vor dem Ende seines Arbeitsverhältnisses aus Gründen, die nicht in der Sphäre des Mitglieds liegen, um mehr als zwei Monate ab der Antragstellung bei der Kasse verzögert.“ Im konkreten Fall war die Klage unbegründet, da die Entscheidung über die Rente zeitnah nach Antragstellung erfolgte und nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses gezahlt wurde.

Aus dieser Rechtsprechung folgt, dass der Mitarbeiter die Möglichkeit haben muss, noch im laufenden Arbeitsverhältnis eine Entscheidung zu erhalten, ob er (nach Ausscheiden) Anspruch auf – ggf. auch rückwirkend zu gewährende – betriebliche Invalidenrente hat. Praktisch relevant dürfte dies primär für externe Versorgungsträger mit langer Antragsprüfung sein. Bei Direktzusagen erfolgt die Antragsprüfung unmittelbar durch den Arbeitgeber, mit dem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vereinbart wird, sodass hier mit dem Ausscheiden nach diesen Grundsätzen Klarheit über die betriebliche Altersversorgung besteht.

2. Mindesthedauer von zwölf Monaten als Voraussetzung für Hinterbliebenenversorgung

Das BAG hat seine Rechtsprechung zur Mindesthedauer als Leistungsvoraussetzung für Hinterbliebenenversorgung in als AGB einzuordnenden Versorgungszusagen präzisiert und die Anforderung einer Mindesthedauer von einem Jahr (ausgenommen Tod durch Unfall oder Krankheit nach der Eheschließung) für zulässig gehalten.²³ Die Witwe eines Betriebsrentners, dem durch formularmäßigen Pensionsvertrag u. a. eine Hinterbliebenenversorgung zugesagt war, verlangt vom ehemaligen Arbeitgeber die Zahlung einer betrieblichen Witwenrente. Nach der Zusage besteht kein Anspruch auf Witwenrente, wenn die Ehe in den letzten zwölf Monaten vor dem Tod des Versorgungs-

berechtigten geschlossen wurde, es sei denn, er wäre infolge eines nach der Eheschließung erlittenen Unfalls oder einer danach aufgetretenen Krankheit gestorben. Der Betriebsrentner verstarb drei Monate nach der Eheschließung. Die Klägerin, die nach dem Tod ihres Mannes eine große Witwenrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung bezieht, hält die Klausel zur Mindesthedauer wegen unangemessener Benachteiligung gemäß § 307 BGB für unwirksam.

Die Revision der Klägerin gegen die klageabweisenden Urteile der Vorinstanzen hat das BAG zurückgewiesen, da es die streitgegenständliche Ausschlussklausel für zulässig hält: Der Arbeitgeber kann auch in AGB eine zugesagte Hinterbliebenenversorgung ausschließen, wenn die Ehe bis zum Versterben des Versorgungsberechtigten nicht mindestens zwölf Monate gedauert hat und die Hinterbliebene die Möglichkeit hat, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass der Berechtigte aufgrund eines erst nach der Eheschließung erlittenen Unfalls oder einer erst später eingetretenen Krankheit gestorben ist.²⁴ Die Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB, da sie von der Vertragstypik einer Hinterbliebenenversorgung für Witwen gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG (Absicherung einer bestimmten Kategorie von Personen eines abgrenzbaren Näheverhältnisses zum Versorgungsberechtigten) abweicht.²⁵ Nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit dem wesentlichen Grundgedanken bzw. Kernbereich der gesetzlichen Regelung, von der sie abweicht, nicht zu vereinbaren ist. Da die Zusage einer Hinterbliebenenleistung für den Arbeitgeber freiwillig ist, muss er sich nicht an den Regeln der gesetzlichen Rentenversicherung orientieren. Die Anspruchsvoraussetzungen einer betrieblichen Hinterbliebenenrente können enger sein als im gesetzlichen Rentenversicherungsrecht.²⁶ Daher sei die streitgegenständliche Klausel auch nicht deswegen unwirksam, weil sie zwar – wie § 46 Abs. 2a SGB VI – eine Witwenrente bei Tod des Versorgungsberechtigten innerhalb eines Jahres nach Eheschließung ausschließt, aber keinen allgemeinen Gegenbeweis gegen das Vorliegen einer Versorgungsehe zulässt. Die vom 3. Senat durchgeführte umfassende Abwägung der begründeten und billigenwerten – nach einem typisierten Maßstab festzustellenden – Interessen der Versorgungsberechtigten und der Versorgungsschuldner im Sinne einer praktischen Konkordanz, um die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen für alle Beteiligten möglichst weitgehend zur Geltung zu bringen²⁷, ergibt ebenfalls keine unangemessene Benachteiligung: Die Klausel führe zu einem angemessenen Ausgleich zwischen dem Versorgungsinteresse des Versorgungsberechtigten, das unabhängig von der Ehedauer besteht, und dem Interesse des Arbeitgebers an einer Begrenzung der mit einer Hinterbliebenenversorgung finanziellen Risiken, insbesondere dem Ausschluss von Versorgungsehen, dem hier durch die angemessene Frist einer Mindesthedauer von zwölf Monaten – entsprechend dem Leitbild des § 46 Abs. 2a SGB VI und § 19 Abs. 1 Satz 2

20 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 298/20, BB 2022, 446 m. BB-Komm. *Lampe/Börner*, Rn. 60 ff.

21 BAG, 9.1.1990 – 3 AZR 319/88, AP Nr. 23 zu § 1 BetrAVG Wartezeit; BAG, 5.6.1984 – 3 AZR 376/82, BB 1984, 2006 Ls.

22 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 298/20, BB 2022, 446 m. BB-Komm. *Lampe/Börner*, Rn. 65 ff.

23 BAG, 2.12.2021 – 3 AZR 254/21, BB 2022, 499 (Os), AP Nr. 50 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung.

24 Leitsatz von BAG, 2.12.2021 – 3 AZR 254/21, BB 2022, 499 (Os).

25 BAG, 2.12.2021 – 3 AZR 254/21, BB 2022, 499 (Os), Rn. 14; vgl. BAG, 19.2.2019 – 3 AZR 150/18, BB 2019, 1408 m. BB-Komm. *Jesgarzewski*, Rn. 22 ff.

26 BAG, 2.12.2021 – 3 AZR 254/21, BB 2022, 499 (Os), Rn. 18; vgl. BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 289/20, Rn. 51 m. w. N.

27 BAG, 2.12.2021 – 3 AZR 254/21, BB 2022, 499 (Os), Rn. 21 ff.; vgl. BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 289/20, Rn. 55 m. w. N.

Nr. 1 Beamtenversorgungsgesetz – Rechnung getragen sei. Die geltenden Rückausnahmen für besondere, außergewöhnliche gesundheitliche Ereignisse beim Arbeitnehmer seien ausreichend.

III. Auslegung

1. Invaliditätsrente: „Ausscheiden“ erfordert keine rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Das BAG hat seine Rechtsprechung zur Auslegung von als AGB erteilten Versorgungszusagen präzisiert und festgestellt, dass das als Leistungsvoraussetzung geforderte „Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis“ nicht zwingend die rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses meint, sondern auch das tatsächliche faktische Ausscheiden ohne Entgelt- oder Entgeltersatzansprüche.²⁸ Die für den bei einem Krankenhaus beschäftigten Kläger maßgebliche Gesamtzusage (Ruhegeldordnung (RO)) gewährt eine Berufs-/Erwerbsunfähigkeitsrente dann, „wenn der Mitarbeiter vor Erreichen der Altersgrenze aus dem Krankenhaus ausscheidet und nachweist, dass er von da ab zu mindestens 50 % berufs- oder erwerbsunfähig ist“. Weiter regelt die RO, dass der Anspruch auf Zahlung von Leistungen mit dem Versorgungsfall, frühestens jedoch mit dem Ausscheiden und der Einstellung von Entgeltfortzahlungen entsteht, ohne den Begriff „Ausscheiden“ näher zu konkretisieren. Nachdem der Kläger bereits seit dem 1.7.2015 krankheitsbedingt weder Entgelt noch Entgeltersatzleistungen erhielt, gewährte ihm die Deutsche Rentenversicherung Bund rückwirkend eine befristete Rente wegen voller Erwerbsminderung vom 1.7.2015 bis zum 30.4.2020. Das Arbeitsverhältnis des Klägers wurde nicht beendet. Nach einer Änderung der RO zahlte der Arbeitgeber zwar ab dem 1.1.2019 eine betriebliche Erwerbsminderungsrente, lehnte aber für die Zeit davor eine Zahlung ab.

Das BAG sprach dem Kläger nach Auslegung der RO eine Erwerbsminderungsrente bereits ab 1.7.2015 zu, auch ohne dass das Arbeitsverhältnis rechtlich beendet war. Der Wortlaut der RO sei im Hinblick auf das Ausscheiden nicht eindeutig. Die nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) vorzunehmende Auslegung unter Berücksichtigung der Unklarheitenregelung ergebe, dass die RO allein auf das faktische Ausscheiden des Mitarbeiters abstelle, nicht auf die rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Zweck von Ausscheidensklauseln in Versorgungszusagen sei es, das gleichzeitige Entstehen von Ansprüchen auf Arbeitsvergütung einerseits und Ruhegeld andererseits zu vermeiden.²⁹ Dies sei bereits dann gewährleistet, wenn das Arbeitsverhältnis für die Dauer des Bezugs der Erwerbsminderungsrente ruht. Bei Zweifeln bei der Auslegung folge aus der Unklarheitenregelung (§ 305c Abs. 2 BGB), dass die für den Versorgungsempfänger günstigere Regelung den Vorzug erhalte.³⁰

2. Invaliditätsrente: „Voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit“ auch bei befristeter gesetzlicher Erwerbsminderungsrente

Das BAG hat festgestellt, dass eine in einer als AGB einzuordnende Versorgungszusage festgelegte Anspruchsvoraussetzung „voraussichtlich dauernde völlige Erwerbsunfähigkeit im Sinne des Sozialversicherungsrechts“ nur auf die materiellen Regelungen zur Erwerbsminderungsrente (§§ 43, 44 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI)) verweist, also auch eine nach § 99 SGB VI befristet gewährte Rente wegen vollständiger Erwerbsminderung diese erfüllt.³¹ Der Arbeitgeber

hatte dem Kläger durch Versorgungsrichtlinien eine Versorgungszusage erteilt, die die Gewährung einer betrieblichen Invaliditätsrente an den Eintritt einer voraussichtlich dauernden völligen Erwerbsunfähigkeit im Sinne des Sozialversicherungsrechts knüpft. Der Kläger, der zum 31.7.2017 aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden war, erhielt auf seinen Antrag hin rückwirkend ab dem 1.2.2017 befristet bis zum 31.5.2020 eine gesetzliche Rente wegen voller Erwerbsminderung. Der Rentenbescheid begründete die Befristung der Rente damit, dass eine Behebung der vollen Erwerbsminderung des Klägers nicht unwahrscheinlich sei. Mit weiterem Bescheid wurde die gesetzliche Rente wegen voller Erwerbsminderung über den 31.5.2020 hinaus als Dauerrente gewährt. Der Kläger verlangt die betriebliche Rente bereits für den Zeitraum der Gewährung der befristeten gesetzlichen Erwerbsminderungsrente (vom 1.6.2017 bis zum 30.4.2020). Dem entsprach das BAG. Bei der Auslegung der Begriffe der Berufs- und Erwerbsunfähigkeit in Versorgungsbestimmungen ist regelmäßig von einer Kopplung an das Sozialversicherungsrecht auszugehen³², so auch in den als AGB gemäß § 305 BGB eingeführten Versorgungsrichtlinien. Definiert der Arbeitgeber diese Begriffe nicht selbst, will er damit in der Regel die sozialversicherungsrechtlichen Gegebenheiten übernehmen. Es handelt sich daher um eine dynamische Bezugnahme auf das jeweils geltende Sozialversicherungsrecht. Die Rente wegen voller Erwerbsminderung (§ 43 Abs. 2 SGB VI nF) entspricht dabei nach Voraussetzungen und Inhalt der früheren Erwerbsunfähigkeitsrente (§ 44 SGB VI aF). Beide gesetzlichen Regelungen knüpfen daran an, dass der Berechtigte „auf nicht absehbare Zeit außerstande“ sein muss, im näher bestimmten Umfang erwerbstätig zu sein. Damit sei Voraussetzung, dass der Versicherte „voraussichtlich dauernd“ erwerbsunfähig bzw. voll erwerbsgemindert sei. Da nach dem allgemeinen Sprachgebrauch „dauernd“ „für längere Zeit in gleich bleibender Weise vorhanden“ bedeute, nicht jedoch „endgültig“, komme es für den Eintritt des Versorgungsfalls nicht darauf an, ob die gesetzliche Rente befristet oder als Dauerrente bewilligt werde. Die Formulierung in den Versorgungsrichtlinien nehme lediglich die Vorschriften für die materiellen Voraussetzungen der gesetzlichen Rente wegen voller Erwerbsminderung in Bezug, nicht aber die Verfahrensvorschriften über befristete oder unbefristete Bewilligung einer Rente (§ 99 SGB VI).³³ Da im entschiedenen Fall die Gewährung der Invalidenrente nicht die vorherige Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetzte, stand dem Kläger die betriebliche Erwerbsminderungsrente auch schon vor diesem Zeitpunkt zu.

3. Auslegung von Tarifverträgen – Bestandsschutz-tarifvertrag der Deutschen Bundespost und rechtliche Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses

Das BAG hat sich mit der Frage befasst, wie durch Kettenbefristung von Arbeitsverhältnissen entstandene „Lücken“ in Arbeitsverhältnissen sich auf die tarifvertraglich zugesagte Versorgung der Deutschen

28 BAG, 23.3.2021 – 3 AZR 99/20, BB 2021, 1331 (Os), AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Invaliditätsrente; Entscheidungsbespr. *Matthießen*, DB 2021, 1615.

29 St. Rspr., BAG, 23.3.2021 – 3 AZR 99/20, BB 2021, 1331 (Os), Rn. 21 m. w. N.; vgl. BAG 26.1.1999 – 3 AZR 464/97, BAGE 91, 1.

30 BAG, 23.3.2021 – 3 AZR 99/20, BB 2021, 1331 (Os), Rn. 26, Bestätigung von BAG, 15.2.2011 – 3 AZR 964/08, AP Nr. 22 zu § 1 BetrAVG Auslegung.

31 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 445/20, BB 2021, 2099 (Os), AP Nr. 20 zu § 1 BetrAVG Invaliditätsrente.

32 St. Rspr., BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 445/20, BB 2021, 2099 (Os), Rn. 17, vgl. BAG, 19.5.2016 – 3 AZR 794/1; BAG, 11.10.2011 – 3 AZR 795/09, AP Nr. 43 zu § 322 ZPO.

33 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 445/20, BB 2021, 2099 (Os), Rn. 23.

Bundespost auswirken und dabei seine Grundsätze zur Auslegung von Tarifverträgen weiter präzisiert.³⁴ Die Klägerin war bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin, der Deutschen Bundespost, in mehreren befristeten Arbeitsverhältnissen – mit z.T. kurzen Unterbrechungen – von 1991 bis 1998 beschäftigt, anschließend ununterbrochen und unbefristet bis zum Bezug ihrer Altersrente 2018. Die betriebliche Altersversorgung der Klägerin richtete sich zunächst nach dem Tarifvertrag über die Versorgung der Arbeitnehmer der Deutschen Bundespost in Verbindung mit der Satzung der Versorgungsanstalt der Deutschen Bundespost (VAP), einer Unterstützungskasse in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts. Ein nachfolgender Tarifvertrag (TV bAV) löste die VAP-Versorgung zum 30.4.1997 ab. Gleichzeitig trat der sog. Bestandsschutztarifvertrag (TV BZV) in Kraft, der für die am 30.4.1997 in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitarbeiter die Weitergeltung einer gegenüber bestimmten Regeln des TV bAV modifizierten Versorgung vorsieht, aber ansonsten auf diesen verweist. Der TV bAV gewährt befristet Beschäftigten auch bei rechtlichen Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Leistungen, wenn nach Zusammenrechnung innerhalb von fünf Jahren eine Gesamtbefristungsdauer von zwei Jahren erreicht wird. Da der befristete Arbeitsvertrag der Klägerin zum 10.5.1997 endete und der folgende erst einen Monat später begann, berechnete die Beklagte ihre Altersrente nur für Zeiten bis zum 30.4.1997 nach dem TV BZV. Die Klägerin verlangt die Anwendung des TV BZV auch für ihre danach erbrachte Dienstzeiten. Das BAG gab ihr Recht und entschied nach Auslegung der Tarifverträge, dass sich die Altersrente auch für Zeiten ab dem 1.5.1997 – unter Berücksichtigung der späteren Dienstzeiten nach den rechtlichen Unterbrechungen – bis zum Ausscheiden nach dem TV BZV berechne. Bei der Auslegung des TV BZV sei auch die VAP-Satzung zu berücksichtigen: Tarifverträge und auf ihnen beruhende Satzungen einer Versorgungsanstalt des öffentlichen Rechts oder Pensionskassen seien als Ganzes auszulegen und zu verstehen, insbesondere wenn wegen ihrer engen Verzahnung sogar eine tarifliche Verweisung auf die Satzung zulässig wäre.³⁵ Bei der Auslegung ablösender kollektivrechtlicher Regelungen könne auch die abgelöste Regelung berücksichtigt werden.³⁶ Zwar enthalte der TV BZV keine Regelungen zu rechtlichen Unterbrechungen bei Kettenbefristung, verweise aber systematisch auf die allgemeine Leistungsvoraussetzungen des TV bAV. Diese Auslegung gelte damit auch für die VAP-Satzung.

4. Hinterbliebenenversorgung bei Wiederheirat nach unverfallbarem Ausscheiden

Das BAG hat seine Grundsätze zur Auslegung von Regelungen zum Ausschluss aus einer grundsätzlich zugesagten Hinterbliebenenversorgung näher herausgearbeitet.³⁷ Eine als (Gesamt-)Betriebsvereinbarung in Kraft gesetzte Versorgungsordnung sagt den versorgungsberechtigten Mitarbeitern Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenleistungen über eine Unterstützungskasse zu. Deren Leistungsplan regelt, dass eine Witwen-/Witwerrente entfällt, wenn die Ehe zum Zeitpunkt des Ablebens des Anwärters geschieden ist oder die Ehe erst nach Beginn der Altersrentenzahlung geschlossen wurde. Hinsichtlich unverfallbarer Anwartschaften bei vorzeitigem Ausscheiden verweist der Leistungsplan auf das BetrAVG. Ein 1999 mit unverfallbarer Anwartschaft ausgeschiedener Mitarbeiter, der damals noch mit seiner ersten Ehefrau verheiratet war, schloss nach der Scheidung im Jahr 2010 eine zweite Ehe. Den von der Witwe nach seinem Tod geltend gemachten

Anspruch auf Witwenrente lehnte die Unterstützungskasse mit der Begründung ab, die ursprünglich aufrechterhaltene Anwartschaft auf Hinterbliebenenversorgung sei mit der Scheidung von der ersten Ehefrau erloschen und lebe mit der späteren Ehefrau nicht mehr auf. Anders als die Vorinstanz legt das BAG die Versorgungsregelung so aus, dass sie keinen Ausschluss der Hinterbliebenenversorgung bei Eheschließung nach dem vorzeitigen Ausscheiden, aber vor dem Beginn der Altersrente vorsieht und gab der Klage der Witwe statt. Nach § 1b Abs. 1 S. 1 BetrAVG muss einem vor Eintritt des Versorgungsfalles aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidenden Arbeitnehmer sein – späterer – Anspruch auf Versorgungsleistung in Form einer (zeitanteilig berechneten) Anwartschaft erhalten bleiben, wenn er bei zugesagter betrieblicher Altersversorgung zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für die gesetzliche Unverfallbarkeit erfüllt. Das gelte auch bei zugesagter Hinterbliebenenversorgung, selbst wenn die Versorgungsordnung grundsätzlich das Verbleiben im Arbeitsverhältnis im Versorgungsfall vorsehe. Nach dem gesetzlichen Leitbild bzw. Vertragstypik der Hinterbliebenenversorgung umfasst diese nach ihrem Sinn und Zweck grundsätzlich alle in der Versorgungsordnung benannten Hinterbliebenen, die im Todeszeitpunkt im beschriebenen Näheverhältnis zum Versorgungsberechtigten standen. Der Zeitpunkt, zu dem das Näheverhältnis entstanden ist, ist nicht maßgeblich. Der Ausschluss des vertragstypischen Risikos für den Fall der Eheschließung zwischen vorzeitigem Ausscheiden und dem Beginn der Altersrente hätte eine klare und bestimmte Regelung erfordert, die im entschiedenen Fall nicht vorlag.

5. Anknüpfung des ruhegeldfähigen Einkommens an das monatliche Bruttoentgelt

In zwei Parallelentscheidungen hat das BAG seine Rechtsprechung zur Auslegung von Versorgungszusagen weitergeführt, die bei der Definition des für die Rentenberechnung maßgeblichen ruhegeldfähigen Einkommens auf das „monatliche Bruttoentgelt“ abstellen.³⁸ In den entschiedenen Fällen hatte der Arbeitgeber per Betriebsvereinbarung eine endgehaltsabhängige Versorgungszusage erteilt, die für das ruhegeldfähige Einkommen auf den Durchschnitt des vereinbarten monatlichen Bruttogehalts in den letzten 36 Monaten vor Eintritt des Versorgungsfalles abstellte. Ausdrücklich als nicht ruhegeldfähig bezeichnet waren Jahressonderzahlungen oder 13. Monatsgehälter. Eine spätere Betriebsvereinbarung überführte im Zuge einer Umstellung des Gehaltssystems eine Tarifmitarbeitern zustehende – ruhegeldfähige – Leistungszulage in eine variable Zulage (VAZ), die diesen weiterhin monatlich gezahlt und ausdrücklich als ruhegeldfähig bezeichnet wurde, während für außertarifliche Mitarbeiter (AT-Mitarbeiter) eine bisher gezahlte Jahressonderzahlung überführt wurde, die unverändert nicht ruhegeldfähig blieb. Ein ehemaliger AT-Mitarbeiter klagte auf Neuberechnung seiner Betriebsrente unter Berücksichtigung der von ihm bezogenen VAZ. Nach dem BAG zählt die VAZ nach Auslegung der Zusage für AT-Mitarbeiter nicht zum ruhegeldfähigen Einkommen. Der Begriff des monatlichen Bruttogehalts beziehe sich auf die monatliche Zahlungsweise und den monatlichen Abrechnungs-

34 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 363/20, AP Nr. 62 zu § 1 BetrAVG Auslegung.

35 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 363/20, Rn. 24 m. w. N.; Fortführung von BAG, 29.1.2008 – 3 AZR 214/06; BAG, 21.1.2020 – 3 AZR 73/19, BeckRS 2020, 5793.

36 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 363/20, Rn. 25; vgl. BAG, 22.9.2020 – 3 AZR 303/18, Rn. 98.

37 BAG, 2.12.2021 – 3 AZR 212/21, NZA 2022, 352.

38 BAG, 25.1.2022 – 3 AZR 406/21, BB 2022, 883 (Os), BeckRS 2022, 5527; BAG, 25.1.2022 – 3 AZR 345/21, BeckRS 2022, 6276.

zeitraum. Mit dieser Anknüpfung an das Bruttomonatsgehalt brächten die Betriebspartner zum Ausdruck, dass nur monatsbezogene Vergütungsbestandteile zu berücksichtigen seien, nicht aber jahresbezogene.³⁹ Die unterschiedliche Behandlung von Tarif- und AT-Mitarbeitern verstoße auch nicht gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 75 Abs. 1 BetrVG), sondern sei durch sachliche Gründe gerechtfertigt, da die Betriebsparteien im Rahmen einer typisierenden und pauschalisierenden Betrachtung auch berücksichtigen durften, dass AT-Mitarbeiter aus ihren höheren Einnahmen üblicherweise eher in der Lage sind, Eigenvorsorge zu betreiben als tariflich vergütete Mitarbeiter.⁴⁰

IV. Anrechnung

1. Anrechnung fiktiver gesetzlicher Rente nach Hamburger Zusatzversorgungsgesetz – Härtefallklausel

Das BAG hat sich im Fall einer koreanischen Krankenschwester, die im Rahmen eines Programms zunächst für eine vorübergehende Beschäftigung in Deutschland angeworben wurde, mit der Zulässigkeit der Anrechnung einer fiktiven gesetzlichen Rente auf als Gesamtversorgung zugesagte betriebliche Altersversorgung nach dem Hamburger Zusatzversorgungsgesetz (HmbZVG) befasst, insbesondere mit der Wirkung einer Härtefallklausel.⁴¹ Eine im Rahmen dieses Programms seit 1973 beschäftigte Krankenschwester hatte sich, wie vorgesehen, von der Versicherungspflicht zur gesetzlichen Rentenversicherung befreien lassen und stattdessen eine Lebensversicherung abgeschlossen, zu der auch ihr Arbeitgeber Beiträge zahlte. Zwischen der Krankenschwester und dem beklagten Arbeitgeber besteht Streit, ob auf die betriebliche Altersrente der Klägerin, wie im HmbZVG unter Verweis auf § 18 Abs. 2 Nr 1 S. 2 Buchst. f BetrAVG vorgesehen, fiktive Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung nach dem pauschalen Näherungsverfahren in Abzug gebracht werden können, das im Jahr 2003 eingeführt wurde. Bis 2002 richtete sich die Anrechnungsmöglichkeit nach § 26 Abs. 8 des 1. Hamburger Ruhegeldgesetz (1. RGG). Das BAG hat entschieden, dass die Beklagte wegen der zugunsten der Klägerin anwendbaren Härtefallklausel nicht zum Abzug der fiktiven gesetzlichen Rentenleistungen berechtigt ist, soweit der Abzug den nach § 26 Abs. 8 des 1. RGG zu berechnenden Betrag übersteigt. Härtefallklauseln in Versorgungsordnungen sollten verhindern, dass die Anwendung in besonders gelagerten und nicht vorhersehbaren Einzelfällen – gerade auch bei Systemwechseln – zu unangemessenen und nicht dem Regelungssinn entsprechenden Ergebnissen führt. Sie seien jedoch nicht dazu bestimmt, eine generelle Korrektur der Versorgungsgrundsätze zu ermöglichen. Ein Härtefall komme in Betracht, wenn jemand über das angestrebte Regelungsziel hinaus erheblich nachteilig von der beschränkenden Regelung betroffen ist. Ob von einer Härtefallklausel Gebrauch zu machen sei, unterliege als Ermessenentscheidung einer Billigkeitskontrolle (§ 315 BGB).⁴²

2. Keine Anrechnung einer Einmalzahlung im Rahmen einer Gesamtversorgung mangels Anrechnungsvereinbarung

Bestätigt und fortentwickelt hat das BAG seine ständige Rechtsprechung zur Anrechnung anderweitiger Bezüge auf betriebliche Versorgungsleistungen gemäß § 5 BetrAVG.⁴³ Im entschiedenen Fall streiten die Parteien, ob eine Einmalzahlung im Rahmen der zugesagten Ge-

samtversorgung auf das betriebliche Ruhegeld angerechnet werden darf. Der zuletzt in Altersteilzeit beschäftigte Mitarbeiter hatte eine auf Betriebsvereinbarung beruhende Versorgungszusage (PO 1993) auf Gesamtversorgung erhalten. Diese limitierte das betriebliche Ruhegeld zusammen mit Leistungen der gesetzlichen Renten- oder Unfallversicherung oder einer an die Stelle dieser Sozialversicherungszweige tretenden Sozialversicherung bzw. sog. befreienden Lebensversicherung auf 65 % des versorgungsberechtigten Einkommens (letztes Jahresgehalt) und 85 % der letzten Nettobezüge. Wie im Altersteilzeitvertrag vereinbart, hatte der Kläger nach seinem Eintritt in den Ruhestand (Bezug einer vorgezogenen Altersrente im Anschluss an die Altersteilzeit) eine Einmalzahlung zum Ausgleich der hälftigen Abschläge in der gesetzlichen Rentenversicherung erhalten. Bei der Berechnung der vorgezogenen betrieblichen Altersrente behandelte der Arbeitgeber diese Einmalzahlung als „Leistung der gesetzlichen Rentenversicherung“ und rechnete sie – verteilt auf die 32 Monate des vorgezogenen Bezugs bis zur festen Altersgrenze – im Rahmen der Gesamtversorgung an. Dagegen wendet sich der Kläger.

Wie die Vorinstanzen hat das BAG der Klage im Wesentlichen entsprochen und die Anrechnung der als Abfindung geleisteten Einmalzahlung auf das betriebliche Ruhegeld für unzulässig erklärt. Nach ständiger Rechtsprechung statuiert § 5 Abs. 2 BetrAVG kein Anrechnungsrecht, sondern verlangt für die Anrechnung anderweitiger Versorgungsleistungen auf betriebliche Versorgung eine besondere Rechtsgrundlage. Nicht vereinbarte Anrechnungen sind mit der Vertragserfüllungspflicht des Arbeitgebers unvereinbar und daher unwirksam.⁴⁴ Das BAG bestätigt, dass Anrechnungen anderer Bezüge auf eine Betriebsrente nur insoweit möglich sind, als die maßgeblichen Anrechnungstatbestände einer Limitierungsklausel für den Versorgungsberechtigten erkennbar und eindeutig beschrieben sind⁴⁵, auch wenn sich diese erst durch Auslegung – unter besonderer Berücksichtigung der Erkennbarkeit für den Versorgungsberechtigten – ergeben sollte: Dieser müsse wissen, in welcher Höhe er Leistungen der betrieblichen Altersversorgung erwarten könne, um ggf. Versorgungslücken zu schließen. Nach dem BAG ist vorliegend eine Anrechnung der Einmalzahlung nicht vereinbart, weder einzelvertraglich noch – auch nach deren Auslegung – in der PO 1993, in der es an einem ausreichend erkennbaren und eindeutig beschriebenen Anrechnungstatbestand für die Einmalzahlung fehle: Die Auflistung der für die Brutto- und Nettolimitierung berücksichtigungsfähigen Bezüge nennt nur Leistungen der Sozialversicherung (gesetzliche Renten- und Unfallversicherung bzw. an deren Stelle tretende Bezüge) sowie Versicherungsleistungen. Die streitgegenständliche Einmalzahlung des Arbeitgebers sei aber keine Leistung der Sozialversicherung, auch wenn sie pauschaliert die Abschläge der in der gesetzlichen Rentenversicherung ausgleichen soll. Es fehle in der PO 1993 eine klare

39 Vgl. BAG 8.12.2015 – 3 AZR 433/14, BeckRS 2016, 66944; BAG, 13.11.2012 – 3 AZR 557/10, AP Nr. 39 zu § 1 BetrAVG Auslegung.

40 BAG, 25.1.2022 – 3 AZR 406/21, BB 2022, 883 (Os), Rn. 56 ff.; vgl. BAG, 10.12.2019 – 3 AZR 478/17, AP Nr. 79 zu § 1 BetrAVG.

41 BAG, 23.2.2021 – 3 AZR 53/20, BB 2021, 1587 (Os), AP Nr. 33 zu § 18 BetrAVG.

42 BAG, 23.2.2021 – 3 AZR 53/20, BB 2021, 1587 (Os), Rn. 41 ff.; BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 781/16; BAG, 15.10.2013 – 3 AZR 294/11 BB 2014, 2619 m. BB-Komm. *Hecht*.

43 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 349/20, BB 2021, 2483 (Os), AP Nr. 61 zu § 1 BetrAVG Auslegung; Entscheidungsbespr. *Matthießen*, DB 2021, 2975.

44 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 349/20, BB 2021, 2483 (Os), Rn. 21; BAG 8.12.2020 – 3 AZR 437/18, Rn. 86; BAG, 23.11.1978 – 3 AZR 708/77, AP Nr. 181 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

45 Für tarifvertragliche Regelung vgl. BAG, 26.3.1996 – 3 AZR 1023/94, BeckRS 1996, 30760813; für Betriebsvereinbarung vgl. BAG, 18.5.2010 – 3 AZR 80/08, BB 2011, 443 m. BB-Komm. *Reichenbach/Küpper*, und 3 AZR 97/08, AP Nr. 52 zu § 5 BetrAVG; für vertragliche Regelung vgl. BAG, 11.12.2018 – 3 AZR 453/17, BB 2019, 1084 m. BB-Komm. *Frank*.

Regelung zur Anrechnung von Einmalzahlungen, die aber schon wegen der Unterschiede zwischen Rente und Einmalzahlung, insbesondere der damit verbundenen Risikoverlagerung vom Arbeitgeber auf den Mitarbeiter erforderlich sei: Anders als bei den ausdrücklich anrechnungsfähigen Leistungen (lebenslange monatliche Zahlungen) trage bei einer Einmalzahlung der Versorgungsberechtigte das Langlebkeitsrisiko, das Risiko des Gläubigerzugriffs, die Veränderung des Pfändungsschutzes, das Risiko einer höheren Steuerlast und des Kaufkraftverlusts.⁴⁶ Eine Kapitalzahlung sei in der Regel auch nicht geeignet, zum Zahlungszeitpunkt einen rechnerisch gleichwertigen Versorgungsanspruch anderweitig zu beschaffen.⁴⁷ Gegen eine Anrechnung der Einmalzahlung sprach im entschiedenen Fall auch, dass der damit bezweckte Erfolg (teilweiser Ausgleich der Abschläge in der gesetzlichen Rente wegen des vorzeitigen Ruhestands) durch Anrechnung auf das Ruhegehalt wieder weitgehend aufgehoben werden würde.⁴⁸

V. Anpassung

Zur gesetzlichen Anpassungsprüfung laufender Leistungen hat das BAG in langjähriger Rechtsprechung Kriterien herausgearbeitet, wann eine ungünstige wirtschaftliche Lage gemäß § 16 Abs. 1 BetrAVG vorliegt, die den Versorgungsschuldner zur Verweigerung der Rentenanpassung berechtigt. Um der besonderen Situation gewerkschaftlicher Arbeitgeber Rechnung zu tragen, die unter dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG stehen, entwickelte das BAG abgewandelte Maßstäbe für die wirtschaftlichen Lage.⁴⁹ Diese Maßstäbe hat der 3. Senat mit der aktuellen Entscheidung abgeändert, wendet sie aber aus Vertrauensschutzgründen erst für Anpassungsentscheidungen ab dem 1.1.2022 an.⁵⁰ Ein ehemals bei der Gewerkschaft ver.di beschäftigter Betriebsrentner wendet sich unter anderem gegen die Nichtanpassung seiner Betriebsrente zum Anpassungsstichtag 1.7.2014 wegen ungünstiger wirtschaftlicher Lage der als Verein organisierten Gewerkschaft. Die Satzung legt ihre Zwecke, insbesondere die „gewerkschaftliche Kernleistung“ der Organisation der Durchsetzung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Interessen ihrer Mitglieder, fest und erlaubt die Vermögensverwendung nur für die dort genannten Ziele und Aufgaben. Seit 2013 führte die Beklagte, deren Vermögen teilweise von Tochtergesellschaften gehalten wird, 8% der Beitragseinnahmen einem sog. Streikfonds zu. Sie teilte dem Kläger per Schreiben vom 27.6.2014 mit, aus wirtschaftlichen Gründen keine Anpassung zum 1.7.2014 vornehmen zu können und berief sich zur Begründung auf sinkende Mitgliederzahlen und Haushaltsdefizite in den Vorjahren, belegt durch Prüfberichte ihres Wirtschaftsprüfers. Der Kläger widersprach schriftlich.

Das BAG hat auf die Revision des Klägers das Urteil der Vorinstanz zur Anpassung aufgehoben und den Rechtsstreit zur weiteren Sachaufklärung zurückverwiesen. In den Entscheidungsgründen setzt sich der 3. Senat zunächst mit den Wirkungen eines Widerspruchs gegen ein Anpassungsschreiben gemäß § 16 Abs. 4 Satz 2 BetrAVG auseinander: Zwar scheidet bei einem rechtzeitigen Widerspruch des Versorgungsempfängers gegen die Nichtanpassungsentscheidung, in der der Arbeitgeber die wirtschaftliche Lage des Unternehmens schriftlich dargelegt und auf die Rechtsfolgen eines nicht fristgemäßen Widerspruchs hingewiesen hat, die Fiktion einer wirksamen Anpassung aus. Weitere Rechtsfolgen habe der Widerspruch aber nicht, insbesondere führe eine unzureichende Begründung des Arbeitgebers nicht etwa zur Unbilligkeit der Anpassungsentscheidung. Diese sei nur dann ermessensfehlerhaft und unverbindlich, wenn sie im Ergebnis nicht billigem Ermessen entspricht.⁵¹

Als Kriterien für die im Rahmen der Anpassungsprüfung nach § 16 Abs. 1 BetrAVG zu berücksichtigende wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers stellt das BAG – ausgehend vom Regelfall eines wettbewerbsorientierten Unternehmens – auf die erzielte Eigenkapitalverzinsung sowie – insbesondere nach Überstehen einer wirtschaftlichen Krise – auf dessen Eigenkapitalausstattung ab. Nach ständiger Rechtsprechung gelten Besonderheiten für Gewerkschaften, die als steuerbefreite Berufsverbände in der Rechtsform eines nicht eingetragenen Vereins nicht am Markt zur Gewinnerzielung tätig sind, da ihnen zur Finanzierung im Wesentlichen nur Mitgliederbeiträge und – sofern vorhanden – Einkünfte aus eigenem Vermögen zur Verfügung stehen. Das BAG legt daher den Begriff der „wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers“ und die darauf bezogene Darlegungs- und Beweislast für Gewerkschaften verfassungskonform bzw. verfassungsorientiert aus: Der Schutz von Tarifautonomie und Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG), die den Gerichten eine Überprüfung der Einkünfteverwendung untersagt, sei mit den Belangen der Versorgungsberechtigten (Schutz des Eigentums nach Art. 14 GG und der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG) so in Einklang zu bringen, dass sich die Grundrechte möglichst weit Geltung verschaffen. Für die Versorgungsberechtigten sichert die Betriebsrente zusammen mit der gesetzlichen und privaten Rente den vor Eintritt des Versorgungsfall erreichten Lebensstandard. Die Anpassung dient dem Werterhalt der Betriebsrente für Versorgungsempfänger, die nicht mehr für die Erhöhung ihrer Ansprüche streiken können.⁵² Das BAG hat die Kriterien zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage von Gewerkschaften daher weiterentwickelt:⁵³

- Der Streikfonds und daraus erzielte Erträge stehen für Rentenerhöhungen nicht zur Verfügung. Gewerkschaften dürfen bis zur Willkürgrenze festlegen, welchen Anteil ihrer Einnahmen sie dem Streikfonds zuführen.
- Erträge aus übrigem Vermögen sind bei der Anpassungsprüfung zu berücksichtigen, das Vermögen selbst aber nicht.
- Die wirtschaftliche Lage steht der Anpassung entgegen, wenn die Erträge aus dem übrigen Vermögen und sonstige Einnahmen nicht ausreichen, um nach einer Betriebsrentenanpassung
 - das am Anpassungsstichtag erreichte Niveau der Erfüllung des Vereinszwecks,
 - die von zuständigen Organen bereits beschlossenen und in absehbarer Zeit anstehenden Maßnahmen mit überschaubaren finanziellen Auswirkungen und
 - die Zuführungen zum Streikfonds weiter durchzuführen. Dies hat die Gewerkschaft vorzutragen und zu beweisen.

Anders als bei werbenden Unternehmen, bei denen die handelsrechtlichen Jahresabschlüsse der Jahre vor dem Anpassungsstichtag der Einstieg in die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage sind, sieht das BAG die von der nicht bilanzpflichtigen Gewerkschaft vorgelegten, „sinngemäß“ nach § 317 Handelsgesetzbuch (HGB) zur Jahresrechnung erstellten Prüfberichte eines Wirtschaftsprüfers mit Kennzahlen zu Einnahmen und Erträgen, Aufwendungen und Gewinn bzw. Ver-

46 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 349/20, BB 2021, 2483 (Os), Rn. 42; vgl. BAG, 15.5.2021 – 3 AZR 11/10, BB 2012, 2630 m. BB-Komm. Reichenbach, Rn. 74 ff.

47 Vgl. BAG, 16.2.2010 – 3 AZR 216/09, BAGE 133, 158.

48 BAG, 13.7.2021 – 3 AZR 349/20, BB 2021, 2483 (Os), Rn. 43.

49 Vgl. BAG, 13.12.2005 – 3 AZR 217/05, AP Nr. 57 zu § 16 BetrAVG.

50 BAG, 23.2.2021 – 3 AZR 15/10, AP Nr. 133 zu § 16 BetrAVG.

51 BAG, 23.2.2021 – 3 AZR 15/10, Rn. 71; vgl. BAG, 30.9.2014 – 3 AZR 402/12, BB 2015, 445 m. BB-Komm. Kruip.

52 BAG, 23.2.2021 – 3 AZR 15/10, Rn. 77 ff.; vgl. BAG, 13.12.2005 – 3 AZR 271/05, BAGE 116, 85.

53 BAG, 23.2.2021 – 3 AZR 15/10, Rn. 84 ff.

lust als gleichwertig an. Aus Sicht des BAG bestand vorliegend noch Aufklärungsbedarf. Auch hinsichtlich Zuführungen zu einem sog. Demografie-Fonds habe das LAG zu prüfen, ob diese zur Ausfinanzierung von Versorgungszusagen notwendig waren oder ob es sich um für die Rentenanpassung verwendbare Mittel handle.

Die Grundsätze der vorliegenden Entscheidung sind unmittelbar auf Arbeitgeberverbände übertragbar, geben aber auch aufschlussreiche Hinweise für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage bei nicht wirtschaftlich tätigen Vereinen. Anstelle des wirtschaftlichen Erfolgs kommt es hier auf die fortgesetzte Erfüllbarkeit des Vereinszwecks an. Vermögenserträge und -zuwächse sind grundsätzlich zu berücksichtigen, ein Eingriff in die Vermögenssubstanz kann nicht verlangt werden. Bei Gewerkschaften tritt als Besonderheit noch die Privilegierung eines Streikfonds hinzu.

VI. Insolvenzschutz

1. Haftung des Betriebserwerbers bei Betriebsübergang in der Insolvenz

Das BAG hat seine Rechtsprechung zur Haftung des Betriebserwerbers bei einem Betriebsübergang nach § 613a BGB in der Insolvenz für die von den übergehenden Arbeitnehmern beim Veräußerer erworbenen Anwartschaften weiterentwickelt und entschieden, dass für vor Insolvenz entstandene – unverfallbare oder verfallbare – Anwartschaften auf betriebliche Altersversorgung, für die der Pensions-Sicherungs-Verein aG (PSVaG) nicht eintritt, auch nicht der Betriebserwerber haftet.⁵⁴ Dabei berücksichtigt es die vom EuGH⁵⁵ – nach Aussetzung der Verfahrens vor dem BAG und Vorlage bestimmter Fragen – herausgearbeiteten Antworten zum insolvenzrechtlichen Mindestschutz nach der Richtlinie 2008/94/EG.

In beiden Verfahren vor dem BAG ging es um die Höhe der Versorgungsleistungen, die den Klägern aufgrund einer von der späteren Insolvenzschuldnerin erteilten endgehaltsabhängigen Versorgungszusage (PO 1979) mit dienstzeitabhängigen Steigerungssätzen zustehen. Nach Insolvenzeröffnung gingen ihre Arbeitsverhältnisse im Wege eines Betriebsübergangs gemäß § 613a BGB auf die Beklagte über. Nach Eintritt des Versorgungsfalls zahlte die Beklagte in dem einen Fall die nach dem zuletzt bezogenen Gehalt ermittelte Altersrente, jedoch nur zeitanteilig entsprechend § 2 Abs. 1 BetrAVG für die ab der Insolvenz erdienten Ansprüche. Der PSVaG trat für die bis zur Insolvenz erdienten Ansprüche ein, allerdings wegen des Festschreibeeffekts gemäß § 7 Abs. 2a S. 4 BetrAVG nur berechnet mit dem Gehalt zum Insolvenzzeitpunkt. Der Kläger verlangte von der Beklagte seine Betriebsrente berechnet mit dem zuletzt bezogenen Gehalt, abzüglich der vom PSVaG gezahlten Leistung.⁵⁶ Im anderen Fall hatte der Kläger zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung wegen des nicht erreichten Mindestalters für die Unverfallbarkeit keine gesetzlich unverfallbare Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung erworben. Der PSVaG erteilte dem Kläger keinen Anwartschaftsausweis, da er davon ausging, nicht eintrittspflichtig zu sein. Dort verlangte der Kläger die Feststellung, dass die Beklagte ihm eine Betriebsrente nach der Versorgungszusage schulde, mangels Leistung des PSVaG sei nichts abzuziehen.⁵⁷

Das BAG hatte die Verfahren zunächst ausgesetzt und den EuGH mittels Vorlagebeschlüssen⁵⁸ um Beantwortung verschiedener für das Verfahren relevanter Fragen ersucht, so dazu, ob eine eingeschränkte Haftung des Betriebserwerbers bei Betriebsübergängen in der Insolvenz mit der Richtlinie 2001/23/EG zu vereinbaren sei und falls ja, ob hierbei der sich aus der Richtlinie 2008/94/EG ergebende Mindestschutz von Arbeitneh-

mern bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zum Tragen komme. Nach Beantwortung der Fragen durch den EuGH⁵⁹ hat das BAG die Rechtsstreite nunmehr entschieden und die Klagen zurückgewiesen. Grundsätzlich tritt der Erwerber eines Betriebs nach § 613a Abs. 1 BGB in die Versorgungszusagen übernommener Arbeitnehmer ein und wird dadurch Versorgungsschuldner. Bei einer Betriebsveräußerung in der Insolvenz gelte § 613a BGB aber nur eingeschränkt, da die besonderen Verteilungsgrundsätze des Insolvenzrechts als Spezialregelungen für bereits entstandene Ansprüche und gesetzliche unverfallbare Anwartschaften vorgingen. Der Erwerber hafte daher – im Einklang mit dem EU-Recht – nicht für vor der Insolvenzeröffnung entstandene Anwartschaften. Ansprüche aus einem Arbeitsverhältnis „für“ die Zeit vor Insolvenzeröffnung seien vielmehr Insolvenzforderungen. Die Abgrenzung erfolge danach, wann die den Ansprüchen zugrunde liegende Arbeitsleistung erbracht wurde. Daher gehöre zu den vor Insolvenzeröffnung erworbenen Ansprüchen auch eine durch den Endgehaltsbezug der Zusage bei Insolvenzeröffnung zeitanteilig erdiente Dynamik oder eine zu diesem Zeitpunkt noch verfallbare Anwartschaft.⁶⁰ Für letztere ist der PSVaG nach § 7 BetrAVG nicht eintrittspflichtig, so dass diese Ansprüche beim Arbeitnehmer verbleiben, der sie als aufschiebend bedingte Insolvenzforderung zur Insolvenztabelle anmelden kann. Nach Auffassung des BAG ist der auf diese Forderungen entfallende Anteil vor Eintritt eines Versorgungsfalls gemäß §§ 191 Abs. 1, 198 InsO zu hinterlegen und erst mit dessen Eintritt auszuzahlen.⁶¹ Dem ehemaligen Arbeitnehmer müsse aber nach Art. 8 Richtlinie 2008/94/EG ein Mindestschutz mindestens in Höhe der Hälfte seiner Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung verbleiben. Zudem dürfe die Kürzung der Altersleistungen nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer unter die Armutsgrenze fällt. Dies wird nach dem BAG im Ergebnis durch einen entsprechenden unmittelbaren Anspruch gegen den PSVaG gewährleistet, ohne dass es gesetzlicher Bestimmungen im nationalen Recht bedürfe. Ob der PSVaG im konkreten Fall diesen Mindestschutz gewähren muss, lässt sich aber in der Regel erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens und nach Eintritt des Versorgungsfalls feststellen.

2. Kapitalisierung von Betriebsrentenansprüchen durch den PSVaG – Abzinsungssinnsatz

Das BAG hat sich mit der bisher nicht höchstrichterlich entschiedenen Frage⁶² befasst, welcher Abzinsungssatz bei der Kapitalisierung von Betriebsrentenansprüchen zugrunde zu legen ist, die der PSVaG als Träger der gesetzlichen Insolvenzversicherung aus übergegangenem Recht (§ 9 Abs. 2 BetrAVG) im Insolvenzverfahren geltend macht.⁶³ Gehen im Rahmen der gesetzlichen Insolvenzversicherung Ansprüche auf laufende Betriebsrenten gemäß § 9 Abs. 2 BetrAVG auf den PSVaG über, sind diese nach §§ 45, 46 InsO unter Anwendung versie-

54 BAG, 26.1.2021 – 3 AZR 139/17, AP Nr. 125 zu § 7 BetrAVG (mit Anm. Meyer), Entscheidungsbespr. Kock, EWIR 2021, 343; BAG, 26.1.2021 – 3 AZR 878/16, AP Nr. 124 zu § 7 BetrAVG, Entscheidungsbespr. Stütze EWIR 2021, 410.

55 EuGH, 9.9.2020 – verb. Rs. C-674/18 und C-675/18, TMD Friction, NZA 2020, 1531.

56 BAG, 26.1.2021 – 3 AZR 139/17, AP Nr. 125 zu § 7 BetrAVG.

57 BAG, 26.1.2021 – 3 AZR 878/16, AP Nr. 124 zu § 7 BetrAVG.

58 BAG, 16.10.2018 – 3 AZR 139/17 (A) und 3 AZR 878/16 (A), BAGE 164, 1 und BeckRS 2018, 26879.

59 EuGH, 9.9.2020 – verb. Rs. C-674/18 und C-675/18, TMD Friction, NZA 2020, 1531.

60 BAG, 26.1.2021 – 3 AZR 139/17 und BAG, 26.1.2021 – 3 AZR 878/16, Os 1 und 2.

61 BAG, 26.1.2021 – 3 AZR 139/17 und BAG, 26.1.2021 – 3 AZR 878/16, Rn. 49 ff.; Aufgabe von BAG, 16.3.1972 – 3 AZR 191/71, BAGE 24, 204 und BAG, 8.12.1997 – 3 AZR 324/76 (diese Urteile gingen von kapitalisierter Auszahlung der Insolvenzforderung vor Eintritt eines Versorgungsfalls aus).

62 Offengelassen von BAG, 11.10.1988 – 3 AZR 295/87, BB 1989, 849.

63 BAG, 18.5.2021 – 3 AZR 317/20, AP Nr. 126 zu § 7 BetrAVG, Entscheidungsbespr. Cranshaw EWIR 2021, 597.

cherungsmathematischer Grundsätze zu kapitalisieren. Dabei ist deren Dauer zu schätzen. Gemäß § 41 Abs. 1 InsO gilt auch für Betriebsrentenansprüche die Fiktion der sofortigen Fälligkeit. Zum Ausgleich dafür sind die Forderungen abzuzinsen.

Zwischen dem PSVaG und dem Insolvenzverwalter über das Vermögen der ehemaligen Versorgungsschuldnerin bestand Streit über den für die Kapitalisierung anzuwendenden Abzinsungzinssatz. Der PSVaG hatte die gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 BetrAVG auf ihn übergegangenen Betriebsrentenansprüche zur Insolvenztabelle angemeldet. Der Höhe der kapitalisierten Forderung lag ein versicherungsmathematisches Gutachten mit dem handelsbilanziell für die Abzinsung von Pensionsrückstellungen anwendbaren Zinssatz (§ 253 Abs. 2 S. 2 und 4 HGB iVm der Rückstellungsabzinsungsverordnung) zugrunde. Dagegen stützte sich der Insolvenzverwalter für die Bemessung der Forderung auf ein versicherungsmathematisches Gutachten, das den gesetzlichen Zins von § 4% gemäß § 246 BGB zugrunde legte, und bestritt die Forderung in Höhe der Differenz. Der 3. Senat hat jetzt nach Auslegung des § 41 Abs. 1 InsO entschieden, dass der Abzinsung der Insolvenzforderung gemäß §§ 46, 45 S. 1, 41 Abs. 2 S. 1 InsO der gesetzliche Zinssatz zugrunde zu legen ist.⁶⁴ Die Regelungen von § 41 Abs. 1 S. 1, § 46 InsO seien als allgemein anzuwendender Grundsatz zu werten, wonach der gesetzliche Zinssatz in allen Fällen als Abzinsungzinssatz maßgebend sein soll, in denen der Vorteil der vorzeitigen Fälligkeit auszugleichen ist. Der Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung und gleichberechtigter Teilnahme am Insolvenzverfahren fordere die Anwendung eines einheitlichen Abzinsungsfaktors für miteinander vergleichbare Insolvenzforderungen.

Theodor B. Cisch, RA, Gründungsgesellschafter 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 Bleeck, RAin, Fachanwältin für Arbeitsrecht. Associate Director Retirement im Bereich Legal der Beratungsgesellschaft Willis Towers Watson in Wiesbaden. Schwerpunkt ihrer Tätigkeit ist das Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung.



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



64 BAG, 18.5.2021 – 3 AZR 317/20, Rn. 26 ff. m. w. N.

Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M., RA/FAArbR, und Johannes Tegel

Soll-Angaben = Muss-Angaben? Neue Fragen im Recht der Massenentlassung

Das LAG Hessen entschied am 25.6.2021, die Massenentlassungsanzeige müsse zu ihrer Wirksamkeit nicht nur die „Muss-Angaben“ (§ 17 III 4 KSchG), sondern auch die „Soll-Angaben“ (§ 17 III 5 KSchG) enthalten, ansonsten seien die ausgesprochenen Kündigungen unwirksam. „Nun also auch das noch. Soll-Angaben werden zu Muss-Angaben“, so der Aufschrei in der Praxis (Hützen, EWIR 2022, 25, 26). Ob es dabei bleibt, wird das BAG am 19.5.2022 entscheiden (Az. 2 AZR 424/21).

I. Einleitung

Überschreiten die vom Arbeitgeber beabsichtigten Entlassungen den in § 17 I KSchG geregelten Schwellenwert, so finden die – der Umsetzung der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG (MERL)¹ dienenden – Vorschriften der §§ 17 ff. KSchG Anwendung. Der Arbeitgeber hat dann – neben seinen sonstigen Verpflichtungen nach dem BetrVG (Verhandlung von Interessenausgleich und Sozialplan, §§ 111 f. BetrVG) und dem Kündigungsschutzrecht – folgendes Pflichtenprogramm zu erfüllen:

- Zunächst hat der Arbeitgeber das *Informations- und Konsultationsverfahren* gegenüber dem zuständigen Betriebsrat gemäß § 17 II KSchG durchzuführen (vgl. Art. 2 MERL).
- Nach dessen Abschluss hat der Arbeitgeber der zuständigen Behörde *alle beabsichtigten Massenentlassungen* schriftlich nach Maßgabe des § 17 III KSchG *anzuzeigen* (vgl. Art. 3 und 4 MERL). Dabei ist zu beachten, dass die Anzeige bestimmte Angaben enthalten *mus*s (§ 17 III 4 KSchG; sog. „Muss-Angaben“) und im Einvernehmen mit dem Betriebsrat weitere Angaben gemacht werden *sollen* (§ 17 III 5 KSchG; sog. „Soll-Angaben“).
- Erst nach Abschluss des Konsultationsverfahrens und nach ordnungsgemäßer Anzeige darf der Arbeitgeber die Arbeitnehmer *entlassen*, d.h. Kündigungen aussprechen bzw. sonstige auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzielende Handlungen (z.B. Abschluss eines Aufhebungsvertrags) vornehmen.

1 ABl. EG v. 12.8.1998, L 225/16.