

Dr. Thomas Frank, RA

# Mobilitätsrichtlinie und Betriebsrente – Reform des Betriebsrentenrechts und Handlungsbedarf für Unternehmen

Gut Ding will Weile haben. Und so hat es knapp zehn Jahre Verhandlungszeit gedauert, bis am 20.5.2014 die so genannte Mobilitätsrichtlinie in Kraft getreten ist. Nach mehr als elf Jahren (damals mit dem Alterseinkünftegesetz vom 5.7.2004) steht eine weitere tiefgreifende Reform des Betriebsrentenrechts bevor. Am 1.7.2015 hat das Kabinett einen Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie beschlossen. Dieser Beitrag zeigt die zu erwartenden Änderungen auf und welche Folgen sich daraus für Unternehmen ergeben. Die Mobilitätsrichtlinie soll die Bedingungen für den Erwerb und die Wahrung von Zusatzrentenansprüchen verbessern und Hindernisse, die der Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten entgegenstehen, abbauen. Sie muss bis zum 21.5.2018 in nationales Recht umgesetzt werden. Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie vom 1.7.2015 (nachfolgend: „Ges-E“) sollen die Änderungen am 1.1.2018 in Kraft treten. Lediglich die Änderung von § 16 BetrAVG soll bereits ab dem Tag der Verkündung des neuen Gesetzes gelten.

## I. Unverfallbarkeitsfristen und Wartezeiten

### 1. Vorgaben der Mobilitätsrichtlinie<sup>1</sup>

Die Unverfallbarkeitsfrist, ggf. zuzüglich einer Wartezeit, darf in Zukunft höchstens drei Jahre betragen, das Mindestalter für den Erwerb einer unverfallbaren Anwartschaft höchstens 21 Jahre.<sup>2</sup>

#### a) Leistungsaufschiebende Wartezeiten

Eine Wartezeit im Sinn der Mobilitätsrichtlinie ist die Beschäftigungsdauer, die zur Zulassung in ein Versorgungswerk absolviert werden muss.<sup>3</sup> Für leistungsaufschiebende Wartezeiten gilt die kürzere Frist der Mobilitätsrichtlinie daher nicht. Leistungsaufschiebende Wartezeiten regeln den Zeitraum zwischen dem Eintritt des Arbeitnehmers in das Unternehmen und dem frühestmöglichen Eintritt des Versorgungsfalles,<sup>4</sup> nicht aber die Zulassung in ein Versorgungswerk.

#### b) Leistungsausschließende Wartezeiten

Dagegen wirken leistungsausschließende Wartezeiten als Aufnahmevoraussetzung. Zwar versteht die Mobilitätsrichtlinie unter der Unverfallbarkeitsfrist die Dauer der Betriebszugehörigkeit, um Anwartschaften zu begründen.<sup>5</sup> Allerdings sind grundsätzlich auch leistungsausschließende Wartezeiten zulässig, die länger als die Unverfallbarkeitsfrist sind. Es ist zwischen der Unverfallbarkeit zum Schutz des Vertrauens in eine Versorgungsleistung für bereits erbrachte Betriebsrente einerseits und der Wartezeit als Anspruchsvoraussetzung andererseits zu unterscheiden.<sup>6</sup> Eine längere leistungsausschließende Wartezeit wirkt nur dann leistungsausschließend, wenn der Arbeitnehmer die Wartezeit von vorneherein nicht erfüllen konnte.<sup>7</sup> Hätte er sie da-

gegen erfüllen können und scheidet vor Ablauf der Wartezeit, aber nach Erfüllung der Unverfallbarkeitsfrist aus, ist dem Arbeitnehmer eine Anwartschaft aufrecht zu erhalten.<sup>8</sup> Dies bedeutet, dass auch weiterhin längere leistungsausschließende Wartezeiten zulässig sind,<sup>9</sup> bei der Aufrechterhaltung einer unverfallbaren Anwartschaft aber die kürzeren Fristen zu berücksichtigen sind.

#### c) Vorschaltzeiten

Eine Vorschaltzeit ist die Zusage, zu einem bestimmten Zeitpunkt eine Versorgungszusage zu erteilen. Eine Vorschaltzeit liegt vor dem Zeitpunkt der Erteilung der Zusage, Wartezeiten beziehen sich auf die Entstehung des Leistungsanspruchs im Zeitraum danach.<sup>10</sup> Wenn aber die Aufnahme in ein Versorgungswerk allein vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängt, dem Arbeitgeber also nach Ablauf der Vorschaltzeit kein Entscheidungsspielraum mehr bleibt, dann beginnt die Unverfallbarkeitsfrist schon mit der Zusage auf Erteilung der Zusage zu laufen.<sup>11</sup> Daher kann durch eine Vorschaltzeit die Unverfallbarkeitsfrist nicht verlängert werden.<sup>12</sup> Insoweit wird in Zukunft die kürzere Frist von drei Jahren zu berücksichtigen sein.<sup>13</sup>

## 2. Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie

Der Ges-E fügt eine Unverfallbarkeitsfrist von drei Jahren und ein Höchstalter von 21 Jahren in § 1b BetrAVG ein. Auch die Altersgrenzen in den steuerlichen Regelungen der §§ 4d und 6a EStG sollen angepasst werden.

## 3. Folgen für die Unternehmen

Kraft Gesetzes werden die kürzeren Unverfallbarkeitsfristen gelten. Sind in Versorgungsplänen längere Unverfallbarkeitsfristen geregelt,

1 RL 2014/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.4.2014 über Mindestvorschriften zur Erhöhung der Mobilität von Arbeitnehmern zwischen den Mitgliedstaaten durch Verbesserung des Erwerbs und der Wahrung von Zusatzrentenansprüchen, veröffentlicht in ABl. L 128 v. 30.4.2014, S. 1–7.

2 Art. 4 Abs. (1) Buchst. a), b) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

3 Art. 3 Buchst. d) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

4 Höfer, in: Höfer/Reinhard/Reich, BetrAVG, Bd. I, Arbeitsrecht, Stand: März 2015, Kap. 7, Rn. 49; Rolf, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 6. Aufl. 2015, § 1b, Rn. 137.

5 Art. 3 Buchst. e) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

6 BAG, 12.2.2013 – 3 AZR 100/11, AP Nr. 3 zu § 10 AGG, Rn. 37; ebenso Langohr-Plato, Betriebliche Altersversorgung, 6. Aufl. 2013, R. 402.

7 BAG, 24.2.2004 – 3 AZR 5/03, AP Nr. 2 zu § 1b BetrAVG, Rn. 18; Rolf, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 6. Aufl. 2015, § 1b, Rn. 50, 152.

8 BAG, 24.2.2004 – 3 AZR 5/03, AP Nr. 2 zu § 1b BetrAVG, Rn. 19. Bestätigt durch BAG, 12.2.2013 – 3 AZR 100/11, AP Nr. 3 zu § 10 AGG, Rn. 35 ff.

9 A. A. Kolvenbach/Wilhelm, BB 2014, 2426, 2427.

10 Rolf, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 6. Aufl. 2015, § 1b, Rn. 50, 138.

11 BAG, 24.2.2004 – 3 AZR 5/03, AP Nr. 2 zu § 1b BetrAVG, Rn. 22.

12 BAG, 25.6.2002 – 3 AZR 360/01, AP Nr. 50 zu § 16 BetrAVG, Rn. 26, BAG, 21.8.1980 – 3 AZR 143/80, BB 1981, 671, Rn. 27 ff. Für eine analoge Anwendung daher Diller, in: Schlewing u. a., Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung, 22. Lfg. 4.2015, Teil 10 A, Rn. 66; a. A. möglicherweise Storck, BB 2011, 2875, 2876 (Umdeutung in leistungsausschließende Wartezeit).

13 A. A. wohl Hügeltschäffer, ZTR 2014, 403, 407; Koberski, SR 2014, 108, 110.

sind diese unwirksam. Wartezeiten und Vorschaltzeiten sind auf ihre Wirksamkeit zu prüfen. Dabei ist die Abgrenzung nicht immer einfach. Handlungsbedarf ergibt sich jedenfalls dann, wenn längere Vorschaltzeiten als drei Jahre geregelt sind. Eine zu lang gesetzte Frist wird zumeist nicht durch Auslegung auf das zulässige Maß reduziert werden können, sondern ist unwirksam.

## II. Wahrung von Anwartschaften

### 1. Vorgaben der Mobilitätsrichtlinie

Die Mobilitätsrichtlinie schreibt eine Dynamisierung von Anwartschaften vor, indem die Entwicklung der Anwartschaft an den Wert der Ansprüche aktiver Versorgungsanwärter oder an die Entwicklung der derzeit ausgezahlten Renten anzulehnen ist.<sup>14</sup> Alternativ kann auch eine andere „gerechte Behandlung“ vorgesehen werden, insbesondere durch<sup>15</sup>

- Sicherung des Nominalwertes einer nominalen Anwartschaft,
- Wertanpassung durch zugesagte Verzinsung oder Partizipation an der Kapitalrendite oder
- Wertanpassung entsprechend der Inflationsrate oder des Lohnniveaus nach Maßgabe einer angemessenen Höchstgrenze.

Zur Sicherung des Nominalwerts wird in der Literatur mit Blick auf das deutsche Recht auf den Pensions-Sicherungs-Verein a. G. (nachfolgend: „PSV“) verwiesen.<sup>16</sup> Doch dient die Insolvenzversicherung nicht dem Werterhalt eines Versorgungsanspruchs. Daher ist auch die Insolvenzversicherung nicht Gegenstand der Mobilitätsrichtlinie.<sup>17</sup> Hinter der Sicherung des Nominalwertes steht vielmehr ein anderer Gedanke: Wird dem Arbeitnehmer ein fester Betrag zugesagt, nehmen die Parteien in Kauf, dass dieser nominelle Betrag bei Eintritt des Versorgungsfalles inflationsbedingt einen geringeren Wert hat als im Zeitpunkt der Zusage. Damit wird auch bei Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses eine Entwertung des Versorgungsanspruchs hingenommen, so dass kein Anlass besteht, die Anwartschaft über den nominellen Wert hinaus zu dynamisieren. Könnte ein externer Versorgungsträger nicht die notwendigen Mittel erwirtschaften, um den Nominalwert auszuführen, so gewährleistet die Haftung des Arbeitgebers gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 BetrAVG, dass der Nominalbetrag gesichert ist.

### 2. Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie

§ 2 Abs. 5 BetrAVG regelt, dass im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Anwartschaft nach Maßgabe der im Zeitpunkt des Ausscheidens geltenden Versorgungszusage mit den Bemessungsgrundlagen im Zeitpunkt des Ausscheidens zu berechnen ist (Veränderungssperre und Festschreibeffekt; nachfolgend zusammenfassend: „Veränderungssperre“). Entgegen eines ersten Vorschlags in einem Referentenentwurf vom 13.3.2015 bleibt die Veränderungssperre bestehen. Allerdings ist man nur halbherzig vom Referentenentwurf abgewichen. Denn neu eingeführt werden soll ein Benachteiligungsverbot im Hinblick auf den Wert einer unverfallbaren Anwartschaft. Dies führt zu ganz ähnlichen Problemen wie die Streichung der Veränderungssperre.

#### a) Benachteiligungsverbot

§ 2a Abs. 2 BetrAVG in der Fassung des Gesetzentwurfs (nachfolgend: „BetrAVG-E“) sieht vor, dass ein ausgeschiedener Arbeitnehmer im Hinblick auf den Wert seiner unverfallbaren Anwartschaft gegenüber

vergleichbaren nicht ausgeschiedenen Arbeitnehmern nicht benachteiligt werden darf.

#### aa) Verhältnis zur Veränderungssperre

Das Benachteiligungsverbot soll „abweichend“ von der Veränderungssperre geltend. Dies bedeutet, dass das Benachteiligungsverbot vorrangig zu berücksichtigen ist. Dann könnte der Versorgungsberechtigte die Veränderungssperre durch Berufung auf das Benachteiligungsverbot aus den Angeln heben. Dies bestätigt auch die Gesetzesbegründung, nach der Veränderungen der Versorgungsregelung und der Bemessungsgrundlagen nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sein sollen, wenn andernfalls eine Benachteiligung vorläge.<sup>18</sup>

Damit ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Benachteiligung vorliegt, was die Anwendbarkeit der Vorschrift und Vorhersehbarkeit von Rechtsfolgen erschwert. Die unterschiedlich lange Betriebszugehörigkeit von ausgeschiedenen Arbeitnehmern im Vergleich zu noch aktiven Arbeitnehmern wird eine Benachteiligung im Regelfall wohl nicht rechtfertigen können. Denn die Vorschriften zur Unverfallbarkeit und damit auch § 2a BetrAVG-E regeln gerade den Fall des vorzeitigen Ausscheidens. Damit wird eine kürzere Betriebszugehörigkeit vorausgesetzt. § 2a Abs. 2 BetrAVG-E untersagt deshalb die Benachteiligung aufgrund kürzerer Betriebszugehörigkeit. Eine Ungleichbehandlung müsste aus anderen Gründen gerechtfertigt sein.

Da die in § 2a Abs. 2 S. 2 BetrAVG-E genannten Fälle keine abschließende Regelung darstellen („insbesondere“), ist eine anderweitige Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung grundsätzlich auch denkbar. Diese würde schon den Tatbestand des § 2a Abs. 2 BetrAVG-E ausschließen, so dass es bei der Anwendung der Veränderungssperre bleibt. Damit könnte die Dynamisierung unterbleiben, wenn es andere Möglichkeiten der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung gibt. Es ist allerdings einzuräumen, dass praktische Fälle wohl kaum denkbar sind.

#### bb) Änderungen nach dem Ausscheiden

Der Vorrang des Benachteiligungsverbots hat zur Folge, dass sich ausgeschiedene Arbeitnehmer auf eine begünstigende Änderung der Versorgungszusage berufen können. Eine formelle Zustimmung wäre nicht erforderlich.<sup>19</sup> Vielmehr reicht die Berufung auf eine Benachteiligung gegenüber aktiven Arbeitnehmern aus. Auch nachträglich eintretende Änderungen der Bemessungsgrundlage (z. B. Änderung von Tarifentgelten, der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung, von anderen anzurechnenden Leistungen) könnten ausgeschiedene Arbeitnehmer unter Berufung auf das Benachteiligungsverbot für sich geltend machen.

Die Benachteiligung ist dabei nicht im Hinblick auf einzelne Bemessungsgrundlagen zu bestimmen, sondern als ein Gesamtpaket. Positive und negative Änderungen werden quasi saldiert. Der ausgeschiedene Arbeitnehmer kann sich nicht allein auf die für ihn günstigen Änderungen berufen. Denn das Benachteiligungsverbot stellt nicht auf die einzelne Veränderung ab, sondern auf den „Wert seiner unver-

14 Art. 5 Abs. (2) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

15 Art. 5 Abs. (2) Buchst. a) bis c) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

16 Janker/Kelwing, BetrAV 2015, 33, 37; Kolvenbach/Wilhelm, BB 2014, 2426, 2429.

17 Art. 2 Abs. (2) Buchst. c) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

18 Begründung, Besonderer Teil zu Art. 1 Nr. 3 des Ges-E.

19 Zum Zustimmungserfordernis vgl. Höfer, in: Höfer/Reinhard/Reich, BetrAVG, Bd. I, Arbeitsrecht, Stand: März 2015, § 2, Rn. 306 ff., 311 f.

fallbaren Anwartschaft<sup>4</sup>. Ob daher Korrekturen aufgrund des Benachteiligungsverbots erforderlich sind, lässt sich erst bei Eintritt des Versorgungsfalles bestimmen.<sup>20</sup>

### cc) Dynamisierung der Anwartschaften

Die Berücksichtigung von Änderungen der Bemessungsgrundlagen nach dem Ausscheiden unter Berufung auf das Benachteiligungsverbot macht die Berechnung einer Anwartschaft unnötig komplex. Zudem steht es dem Ziel entgegen, dass bereits beim Ausscheiden des Arbeitnehmers der Umfang der Versorgungsanwartschaft feststehen soll.<sup>21</sup> Die Anwendung der Veränderungssperre dient der Rechtsklarheit.<sup>22</sup> Dies gilt heute genauso wie bei Einführung des BetrAVG im Jahr 1973. Die Verdrängung der Veränderungssperre durch das Benachteiligungsverbot ist diesen Zielen jedoch abträglich.

Das Benachteiligungsverbot ist zur Umsetzung der Dynamisierung nach den Vorgaben der Mobilitätsrichtlinie aber auch nicht erforderlich. Die Anwartschaft sollte daher weiterhin unter Anwendung der Veränderungssperre berechnet werden.<sup>23</sup> Dieser Wert wäre zu dynamisieren. Schon nach geltendem Recht können künftige Entwicklungen bestimmter Faktoren entgegen der Veränderungssperre berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig vorgezeichnet sind.<sup>24</sup> Die Veränderungssperre bedeutet nicht, dass eine unabänderliche Festschreibung vorgenommen wird. Sie steht daher einer Dynamisierung nicht entgegen.<sup>25</sup> Vielmehr sind Dynamisierung und Veränderungssperre auseinander zu halten. Die einzelnen Rechenschritte zur Berechnung der Anwartschaft sind voneinander zu trennen.<sup>26</sup> Eine Abhängigkeit der Veränderungssperre vom Benachteiligungsverbot sollte daher unterbleiben.

### dd) Folgen für die Insolvenzsicherung

Das Benachteiligungsverbot gilt nicht bei der Berechnung der Höhe der Anwartschaften, für die nach §§ 7 ff. BetrAVG Insolvenzschutz über den PSV besteht (§ 7 Abs. 2 S. 6 BetrAVG-E). Damit wird auch die Dynamisierung vom PSV nicht abgesichert. Dies ist zulässig, da die Mobilitätsrichtlinie die Insolvenzsicherung nicht regelt,<sup>27</sup> so dass insoweit keine Anforderungen an den Gesetzgeber gestellt werden. Es ist eine rechtspolitische Frage, ob dies gewünscht ist.<sup>28</sup>

### b) Fehlende Benachteiligung durch Form der Zusage

Eine Benachteiligung ausgeschiedener Arbeitnehmer erfolgt gemäß § 2a Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BetrAVG-E nicht, wenn die Anwartschaft

- als nominales Anrecht festgelegt ist (Buchst. a),
- eine Verzinsung enthält, die auch dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer zugutekommt (Buchst. b) oder
- über einen Pensionsfonds, eine Pensionskasse oder eine Direktversicherung durchgeführt wird und die Erträge auch dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer zugutekommen (Buchst. c).

In diesen Fällen ergibt sich schon aus der konkreten Form der Zusage, dass keine Benachteiligung vorliegt. Es findet – wie schon nach geltendem Recht – die Veränderungssperre Anwendung.

Die Zusage eines Nominalwertes im Sinne des § 2a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Buchst. a) BetrAVG-E liegt nicht vor, wenn der Zusage eine versicherungsmathematische Berechnung zu Grunde liegt. Ergibt sich eine Versorgungsleistung aus Rentenbausteinen, die aufgrund eines Verrentungsfaktors ermittelt werden, so beinhalten diese auch einen Zinsanteil. Daher ist kein Nominalbetrag zugesagt und die Dynamisierung erfolgt gemäß § 2a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Buchst. b) BetrAVG-

E.<sup>29</sup> Eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung wäre wünschenswert.

Eine Benachteiligung ist auch dann ausgeschlossen, wenn im Falle einer der in § 2a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BetrAVG-E genannten Fälle den aktiven Arbeitnehmern später eine weitere, darüber hinausgehende Begünstigung gewährt wird (z.B. Erhöhung der Verzinsung). Ob eine Benachteiligung ausgeschlossen ist, ist im Zeitpunkt des Ausscheidens zu bestimmen. Liegt zu diesem Zeitpunkt einer der in § 2a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BetrAVG-E genannten Fälle vor, kommt es auf spätere Begünstigungen der aktiven Arbeitnehmer nicht mehr an.

Dies entspricht zum einem dem Grundsatz des § 2a Abs. 1 BetrAVG-E, der auf den Zeitpunkt des Ausscheidens abstellt. Aber auch in den Fällen des § 2a Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BetrAVG-E wird nur eine stichtagsbezogene Prüfung vorgeschrieben; dementsprechend muss dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer nicht die „jeweils“ geltende Verzinsung zugutekommen, sondern nur „eine“ Verzinsung. Zudem wird bei einem Vergleich mit § 2a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BetrAVG-E deutlich, dass in den Regelfällen in Nr. 2 eine ausreichende Dynamisierung gewährt wird, selbst wenn den aktiven Arbeitnehmern eine höhere Begünstigung zugutekommt. Daher ist naheliegend, dass auch bei Erfüllung der Fälle der Nr. 1 eine weitergehende Begünstigung nicht erforderlich ist.

### c) Fehlende Benachteiligung durch Dynamisierung

Ergibt sich nicht schon aufgrund der Form der Zusage, dass eine Benachteiligung ausgeschlossen ist, kann diese durch Regelungen zur Dynamisierung vermieden werden. Die Dynamisierung kann gemäß § 2a Abs. 1 Nr. 2 BetrAVG-E erfolgen durch Anpassung

- um 1 Prozent jährlich (Buchst. a),
- wie die Anwartschaften oder Nettolöhne vergleichbarer Arbeitnehmer (Buchst. b),
- wie die laufenden Leistungen an die Versorgungsempfänger des Arbeitgebers (Buchst. c) oder
- entsprechend dem Verbraucherpreisindex für Deutschland (Buchst. d).

In wertpapier- oder fondsgebundenen Zusagen entspricht die Wertentwicklung der Anwartschaften ausgeschiedener Arbeitnehmer in der Regel derer aktiver Arbeitnehmer.<sup>30</sup> Dies fallen aber wohl bereits unter § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Buchst. b) BetrAVG-E.<sup>31</sup> Offenbar erfasst Nr. 1 all die Fälle, in denen sich schon aus der Versorgungszusage als solcher die Dynamisierung ergibt, wohingegen in Nr. 2 gesonderte

20 Vgl. zur ähnlichen Problematik bei der Bestimmung eines Eingriffs in Besitzstände BAG, 11.12.2001 – 3 AZR 128/01, AP Nr. 43 zu § 1 BetrAVG Unterstützungskassen, Ls, BB 2003, 56 Ls.

21 Vgl. BT-Drs. 7/1281, 27; BAG, 11.12.2007 – 3 AZR 280/06, EZA § 64 ArbGG 1979 Nr. 42, Rn. 24; BAG, 20.6.2000 – 3 AZR 872/98, KTS 2002, 163, Rn. 41.

22 So schon BT-Drs. 7/1281, 27. Vgl. die Beispiele bei Höfer/Reinhard/Reich, BetrAVG, Bd. I, Arbeitsrecht, Stand: März 2015, § 2, Rn. 320 ff.

23 So auch die Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 13.3.2015 der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, S. 2.

24 BAG, 29.9.2010 – 3 AZR 564/09, AP Nr. 62 zu § 2 BetrAVG, Rn. 15; Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, BetrAVG, 6. Aufl. 2015, § 2, Rn. 407.

25 BAG, 11.12.2007 – 3 AZR 280/06, EZA § 64 ArbGG 1979 Nr. 42, Rn. 32.

26 BAG v. 11.12.2007 – 3 AZR 280/06, EZA § 64 ArbGG 1979 Nr. 42, Rn. 25.

27 Art. 2 Abs. (2) Buchst. c) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

28 Eine Einstandspflicht für ein zugesagte Dynamisierung ablehnend BAG, 22.11.1994 – 3 AZR 767/93, BB 1995, 679, Rn. 19, 23.

29 A. A. Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 13.3.2015 der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, S. 2.

30 Kolvenbach/Wilhelm, BB 2014, 2426, 2429; ähnlich Janker/Kelwing, BetrAV 2015, 33, 37 zu beitragsorientierten Zusagen.

31 Eine Klarstellung fordernd Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 13.3.2015 der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, S. 2.

Anpassungsregelungen für ausgeschiedene Arbeitnehmer getroffen wurden oder getroffen werden müssen. In wertpapier- oder fondsgebundenen Zusagen ergibt sich schon aus der Gestaltung der Zusage selbst die Wertentwicklung von Anwartschaften ausgeschiedener Mitarbeiter. Gleiches gilt für Zusagen, die an eine Rückdeckung gebunden sind.

Unklar bleibt jedoch, weshalb der Gesetzgeber die Unterscheidung in Nr. 1 und 2 des § 2 Abs. 2 S. 2 BetrAVG-E vornimmt. Eine systematische Trennung ist nicht erforderlich und unscharf, die Zuordnung zu den einzelnen Fällen schwierig, die Rechtsfolgen sind zudem identisch. Die Unterscheidung erscheint daher überflüssig.

Die Gesetzesbegründung schweigt dazu, unter welchen Voraussetzungen eine Anpassung „wie die laufenden Leistungen“ gemäß § 2a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) BetrAVG-E erfolgt. Leistungen an Versorgungsempfänger werden in Direktzusagen regelmäßig nach § 16 BetrAVG vorgenommen. Gleichlautende Bestimmungen können auch in Versorgungsplänen Eingang finden. Im Gleichlauf mit den Anpassungen der laufenden Leistungen könnten demnach Anwartschaften alle drei Jahre erhöht werden. Es könnte sogar auf eine Erhöhung der Anwartschaften verzichtet werden, wenn gemäß § 16 BetrAVG auch eine Anpassung der laufenden Leistungen aufgrund der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers unterbleibt.

Für eine solche Auslegung spricht, dass die Bestimmungen in § 2a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BetrAVG-E zur Anpassung an die Nettolöhne vergleichbarer Arbeitnehmer oder den Verbraucherpreisindex nur dann eine eigenständige Bedeutung haben. Sollte § 2a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) BetrAVG-E nur einen Maßstab der Erhöhung festlegen, ohne auf den Anpassungsmodus des § 16 BetrAVG zu verweisen, so würde sich dies praktisch auf einen Hinweis auf die Maßstäbe des § 16 Abs. 2 BetrAVG beschränken. Diese Maßstäbe sind jedoch bereits in § 2a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Buchst. b) und Buchst. d) BetrAVG-E geregelt, so dass § 2a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 Buchst. c) BetrAVG-E einen weitergehenden Regelungsgehalt haben muss.

### 3. Folgen für Unternehmen

Begünstigende Änderungen von Versorgungszusagen müssen in Zukunft wohl zurückhaltender erfolgen, da auch ausgeschiedene Arbeitnehmer diese unter Berufung auf das Benachteiligungsverbot geltend machen könnten.

Die Berechnung der Anwartschaften ausscheidender Arbeitnehmer wird komplexer. In den Versorgungsplänen sind ggf. Regelungen zur Dynamisierung aufzunehmen. Da dies mit einer Steigerung des Dotierungsrahmens verbunden ist, sollte zugleich hinterfragt werden, ob an anderer Stelle Einschnitte erfolgen können, die aber an den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes nach Maßgabe der Drei-Stufen-Theorie der Rechtsprechung<sup>32</sup> zu messen wären. Ein unmittelbarer Anstieg von Pensionsrückstellungen soll allerdings nicht zu befürchten sein, sondern werde sich erst im weiteren Verlauf einstellen.<sup>33</sup>

## III. Abfindung

### 1. Vorgaben der Mobilitätsrichtlinie

Für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann eine Abfindung vorgesehen werden, wenn der Wert der Abfindung einen bestimmten Schwellenwert nicht übersteigt.<sup>34</sup> Hierfür ist die Einwilligung des Arbeitnehmers erforderlich.<sup>35</sup> Nach derzeitiger Rechtslage

hat der Arbeitgeber gemäß § 3 Abs. 2 BetrAVG das Recht, eine Anwartschaft einseitig abzufinden, wenn die daraus resultierende Rente bei Erreichen der Altersgrenze 1 % der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 SGB IV nicht übersteigt. Bei Kapitalzusagen liegt dieser Wert bei zwölf Zehnteln der monatlichen Bezugsgröße.

Abgesehen von dem räumlich begrenzten Geltungsbereich der Mobilitätsrichtlinie,<sup>36</sup> ist der vollständige Wegfall des einseitigen Abfindungsrechts auch im Übrigen nicht zwingend.<sup>37</sup> Die Mobilitätsrichtlinie regelt den Fall eines „ausscheidenden Arbeitnehmers“, also eines aktiven Arbeitnehmers, dessen Arbeitsverhältnis beendet wird.<sup>38</sup> Ein einseitiges Abfindungsrecht im laufenden Arbeitsverhältnis ist daher nach wie vor denkbar. Allerdings müsste hierfür eine Anwartschaft wirksam – insbes. unter Berücksichtigung der Drei-Stufen-Theorie des BAG – auf einen bestimmten Bagatellbetrag festgeschrieben werden. Auch der Abfindung einer laufenden Bagatellrente steht die Mobilitätsrichtlinie nicht entgegen. Zwar mag eine solche zeitliche Unterscheidung willkürlich erscheinen. Allerdings wollte die Mobilitätsrichtlinie die Möglichkeit der Abfindung von Bagatellanwartschaften zur Reduzierung des Verwaltungsaufwandes erweitern, nicht einschränken,<sup>39</sup> so dass kein Grund für eine zu restriktive Anwendung besteht.

### 2. Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie

Für den Fall, dass ein Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein neues Arbeitsverhältnis in einen anderen Mitgliedstaat begründet, ist nach § 3 Abs. 2 S. 3 BetrAVG-E dessen Zustimmung zur Abfindung erforderlich. Der Arbeitnehmer muss den Arbeitgeber binnen drei Monaten darüber informieren. Das Zustimmungserfordernis ist allerdings begrenzt auf die Fälle, in denen ein Arbeitsverhältnis begründet wird. Wandert daher der scheidende Arbeitnehmer als Rentner in einen anderen Mitgliedstaat ab, kann eine einseitige Abfindung erfolgen.

### 3. Folgen für Unternehmen

Die praktischen Konsequenzen sind wohl eher gering. Zweifelhaft ist allerdings, ob eine antizipierte Zustimmung zur Abfindung schon bei Begründung des Arbeitsverhältnisses wirksam eingeholt werden kann,<sup>40</sup> da dies letztlich zu einem einseitigen Abfindungsrecht des Arbeitgebers führen würde.

## IV. Auskunftspflichten

### 1. Vorgaben der Mobilitätsrichtlinie

Die Mobilitätsrichtlinie schreibt umfangreiche Auskunftspflichten vor. Diese spiegeln vor allem die neuen Bestimmungen zur Dynamisierung von Anwartschaften wieder. Auskunftspflichten bestehen insbesondere auch gegenüber ausgeschiedenen Arbeitnehmern und Hinterbliebenen.

32 St. Rspr. seit BAG, 17.4.1985 – 3 AZR 72/83, BAGE 49, 57, Rn. 38 ff., BB 1986, 1159 Ls.

33 So Kolvenbach/Wilhelm, BB 2014, 2426, 2429.

34 Erwägungsgrund (23) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

35 Art. 5 Abs. (3) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

36 hierzu unten Ziffer V.1.

37 A. A. Huber, personalmagazin – bAV spezial 04/2014, 10; Janker/Kelwing, BetrAV 2015, 33, 36; Kolvenbach/Wilhelm, BB 2014, 2426, 2427.

38 Art. 3 Buchst. g) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

39 Vgl. Erwägungsgrund (23) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

40 So Kolvenbach/Wilhelm, BB 2014, 2426, 2427.

## 2. Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie

In Umsetzung der detaillierten Vorgaben der Mobilitätsrichtlinie sieht der Ges-E vor, dass der Arbeitgeber oder der Versorgungsträger zukünftig dem Arbeitnehmer in Textform auf dessen Verlangen mitteilen muss,

- ob und wie eine Anwartschaft erworben wird,
- wie hoch der Anspruch auf Altersversorgung aus der bisher erworbenen Anwartschaft ist und bei Erreichen der Altersgrenze voraussichtlich sein wird,
- wie sich eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf die Anwartschaft auswirkt, und
- wie sich die Anwartschaft nach einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses entwickeln wird.

Zudem hat der Arbeitgeber oder der Versorgungsträger dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer oder einem Hinterbliebenen auf dessen Verlangen mitzuteilen, wie hoch die Anwartschaft ist und wie sich die Anwartschaft künftig entwickeln wird.

## 3. Folgen für Unternehmen

Der Verwaltungsaufwand für die Unternehmen wird steigen. Online-Portale, die ein taggenaues Abrufen von Werten ermöglichen, genügen dem Textformerfordernis allein nicht. Der Ges-E hebt ausdrücklich hervor, dass es nicht ausreichend sei, die Informationen auf einer Internetseite zur Verfügung zu stellen.<sup>41</sup> Dies erscheint zumindest dann zu eng, wenn die Informationen in einem individuellen Account (z.B. als pdf-Download) aufgeführt werden. In diesem Fall kann gewährleistet werden, dass der Inhalt und die Zugänglichkeit der Informationen „während einer angemessenen Dauer nicht verändert werden, und dass dem Verbraucher die Möglichkeit ihrer originalgetreuen Wiedergabe eröffnet wird“.<sup>42</sup> Es ist dann nicht erforderlich, dass der Empfänger zum Download der Erklärung gezwungen wird<sup>43</sup> oder tatsächlich ein Download erfolgt ist.<sup>44</sup>

Abweichend vom geltenden § 4a BetrAVG ist ein berechtigtes Interesse an der Auskunft nicht erforderlich. Allerdings sieht die Mobilitätsrichtlinie vor, dass die Auskunft nicht häufiger als einmal pro Jahr erteilt werden muss. Es wäre wünschenswert, dass der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit der Eingrenzung Gebrauch macht.<sup>45</sup>

## V. Geltungsbereich der Neuregelungen

### 1. Räumlich-sachlicher Geltungsbereich

Die Mobilitätsrichtlinie gilt nicht für Arbeitnehmer, die innerhalb der Bundesrepublik den Arbeitgeber wechseln.<sup>46</sup> Allerdings bleibt es dem Gesetzgeber vorbehalten, etwaige gesetzliche Neuregelungen auf innerstaatliche Sachverhalte auszudehnen. Der Ges-E erfasst dementsprechend nicht allein grenzüberschreitende Sachverhalte. Eine Ausnahme bildet nur das Abfindungsverbot von Bagatellanwartschaften. Die einseitige Abfindung bleibt möglich bei einem innerstaatlichen Sachverhalt (§ 3 Abs. 2 S. 3 BetrAVG-E).

### 2. Zeitlicher Geltungsbereich

#### a) Vorgaben der Mobilitätsrichtlinie

Die Mobilitätsrichtlinie gilt nicht für Versorgungswerke, die am 20.5.2014 bereits geschlossen waren<sup>47</sup> und gilt nur für Beschäftigungszeiten, die in den Zeitraum nach ihrer Umsetzung fallen.<sup>48</sup> Die Neuregelung gilt daher nur für Anwartschaften, die nach der Umsetzung der Richtlinie erworben werden.<sup>49</sup>

#### b) Gesetz zur Umsetzung der EU-Mobilitäts-Richtlinie

Die kürzere Unverfallbarkeitsfrist des Ges-E findet nur auf Zusagen Anwendung, die ab dem 1.1.2018 erteilt werden. In einem Übergangszeitraum findet die günstigere Frist, gerechnet ab dem 1.1.2018, auch auf ältere Zusagen Anwendung (§ 30f Abs. 3 BetrAVG-E).

Das Benachteiligungsverbot einschließlich der Dynamisierung findet nur für Beschäftigungszeiten nach dem 31.12.2017 Anwendung (§ 30g Abs. 1 S. 1 BetrAVG-E) und soll zudem nicht gelten für Versorgungswerke, die vor dem 20.5.2014 geschlossen waren (§ 30g Abs. 1 S. 2 BetrAVG-E).

#### c) Folgen für Unternehmen

Die Trennung in Anwartschaften, die vor dem 1.1.2018 erworben wurden, und solche, die nach dem 31.12.2017 erworben wurden, führt dazu, dass für einen Versorgungsberechtigten unterschiedliche Berechnungsmethoden zur Anwendung kommen können.<sup>50</sup> Ist eine zeitliche Zuordnung nicht ohne Weiteres möglich (z.B. bei reinen endgehaltsabhängigen Zusagen), fehlt eine Berechnungsvorschrift im Ges-E. Denkbar wäre eine zeiträtterliche Aufteilung der gesamten Anwartschaft, von der nur der zweite Teil der Dynamisierung unterliegt.

## VI. Rentenanpassung bei Direktversicherung und Pensionskasse

Der Ges-E regelt zudem die Rentenanpassung gemäß § 16 BetrAVG im Durchführungsweg der Direktversicherung oder der Pensionskasse neu. Diese Änderung ist keine Forderung der Mobilitätsrichtlinie, sondern Folge der jüngsten höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Pflicht zur Prüfung einer Rentenanpassung in diesen Durchführungswegen soll zukünftig nicht mehr davon abhängig sein, ob zur Berechnung der garantierten Leistung der nach § 65 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) VAG festgesetzte Höchstzinssatz zur Berechnung der Deckungsrückstellung überschritten wird.

Die Neuregelung betrifft vor allem regulierte Pensionskassen, die ihre Leistungen gemäß einem von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht genehmigten Zinssatz berechnen. Damit ist der Arbeitgeber nach geltendem Recht nicht gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG von der Anpassungsprüfung befreit. Dies folgt daraus, dass § 16 Abs. 3 Nr. 2 BetrAVG über den Verweis auf den nach § 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Buchst. a) VAG festgesetzten Höchstzinssatz den in § 2 DeckRV bestimmten Höchstrechnungszins in Bezug nimmt und auch für regulierte Pensionskassen nicht der aufsichtsbehördlich genehmigte hö-

41 Begründung, Besonderer Teil zu Art. 1 Nr. 5 des Ges-E. Vgl. BGH, 15.5.2014 – III ZR 368/13, K&R 2014, 519 m. K&R-Komm. *Könnecke*, NJW 2014, 2857, Rn. 19; BGH, 29.4.2010 – I ZR 66/08, BB 2010, 3111, Rn. 19. Daher eine Änderung fordernd die Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 13.3.2015 der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, S. 4.

42 So der Maßstab in EuGH, 5.7.2012 – C-49-11, NJW 2012, 2637, Rn. 43. Wie hier auch *Stögmüller*, in: *Redeker*, Handbuch der IT-Verträge, 28. Lfg. 05.2015, Kap. 1.16, Rn. 37f.; *Thalmair*, NJW 2011, 14, 19.

43 So *Arnold*, in: *Erman*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 126b BGB, Rn. 7. Offen gelassen von BGH, 15.5.2014 – III ZR 368/13, K&R 2014, 519 m. K&R-Komm. *Könnecke*, NJW 2014, 2857, Rn. 21.

44 So *Ellenberger*, in: *Palandt*, 74. Aufl. 2015, § 126b, Rn. 3; *Kitz*, in: *Hoeren/Sieber/Holzengel*, Multimedia-Recht, 41. Erg.-Lfg. März 2015, Teil 13.1., Rn. 245.

45 So auch die Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 13.3.2015 der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, S. 3.

46 Art. 2 Abs. (5), Erwägungsgrund (6) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

47 Art. 2 Abs. (2) Buchst. a), Erwägungsgrund (12) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

48 Art. 2 Abs. (4) der RL 2014/50/EU v. 16.4.2014.

49 *Jancker/Kelwing*, BetrAVG 2015, 33, 34; *Kolvenbach/Wilhelm*, BB 2014, 2426, 2428; *Rolfs*, in: *Blomeyer/Rolfs/Otto*, BetrAVG, 6. Aufl. 2015, Einl., Rn. 151c.

50 Vgl. das Bsp. bei *Kolvenbach/Wilhelm*, BB 2014, 2426, 2428.

here Rechnungszins maßgeblich ist.<sup>51</sup> Infolge der Neuregelung muss der Arbeitgeber auch bei Abwicklung über eine regulierte Pensionskasse keine Anpassungsprüfung vornehmen, unabhängig vom angewendeten Zinssatz.

## VII. Fazit

Für die Arbeitgeber wird sich Anpassungsbedarf in den Versorgungsplänen ergeben, in erster Linie im Hinblick auf mögliche Warte- oder Vorschaltzeiten und natürlich vor dem Hintergrund der Dynamisierung von Anwartschaften. Gerade letzteres wird die betriebliche Altersversorgung für die Arbeitgeber teurer machen. Hinzu kommt, dass Anwartschaften aufgrund der kürzeren Unverfallbarkeitsfrist schneller und früher aufrechterhalten werden müssen. Daher kann es sinnvoll sein, dass gesamte Versorgungswerk auf den Prüfungsstand zu stellen und ggf. Anpassungen vorzunehmen.

Einzustellen haben sich die Arbeitgeber auch auf einen höheren Verwaltungsaufwand, der bei der Berechnung von Anwartschaften wie auch bei Erteilung von Auskünften entstehen wird. Es bleibt abzuwarten, welche Änderungen das Gesetzgebungsverfahren noch bringen wird. Die nächste Reform steht mit dem Neuen Sozialpartnermodell Betriebsrente bereits vor der Tür.

**Dr. Thomas Frank**, RA, ist Senior Associate der Praxisgruppe Pensions im Münchner Büro der internationalen Kanzlei Hogan Lovells.



51 BAG, 30.9.2014 – 3 AZR 617/12, NZA 2015, 544 Rn. 68 ff.

# BAG: Krankheitsbedingte Kündigung – betriebliches Eingliederungsmanagement und Benachteiligung wegen Behinderung

BAG, Urteil vom 20.11.2014 – 2 AZR 664/13

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2015-1978-1](#)

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

## AMTLICHE LEITSÄTZE

1. Die dauerhafte Unfähigkeit des Arbeitnehmers, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, indiziert eine negative Prognose hinsichtlich der künftigen Entwicklung des Gesundheitszustands. Sie führt – sofern es an alternativen, leidensgerechten Beschäftigungsmöglichkeiten fehlt – regelmäßig zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen und ist damit geeignet, eine ordentliche krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Der dauernden Leistungsunfähigkeit steht es kündigungsrechtlich gleich, wenn im Kündigungszeitpunkt die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers völlig ungewiss ist.

2. Die sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergebende Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nach Möglichkeit zur Vermeidung einer Kündigung auf einem anderen – leidensgerechten – Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen, schließt in Krankheitsfällen die Pflicht des Arbeitgebers ein, eine entsprechend geeignete Stelle – falls möglich – durch Ausübung des Direktionsrechts (§ 106 GewO) „freizumachen“ und sich ggf. um die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zu bemühen.

3. Demgegenüber ist der Arbeitgeber allein aufgrund des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht verpflichtet, für den erkrankten Arbeitnehmer einen besetzten leidensgerechten Arbeitsplatz im Wege einer Kündigung „freizumachen“. Auch eine Schwerbehinderung des erkrankten Arbeitnehmers vermag eine solche Verpflichtung jedenfalls dann nicht zu begründen, wenn der Inhaber der infrage kommenden Stelle seiner-

seits allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG genießt. Fehlt es daran, kommt eine Pflicht zur „Freikündigung“ – soweit überhaupt – allenfalls dann in Betracht, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer darlegt und ggf. beweist, dass der betroffene Stelleninhaber seinerseits nicht behindert ist und eine Kündigung für diesen keine besondere Härte darstellt. An dieser Darlegungslast ändert sich auch dadurch nichts, dass der Arbeitgeber – obwohl erforderlich – ein betriebliches Eingliederungsmanagement (bEM) nicht durchgeführt hat.

4. Im Rahmen einer krankheitsbedingten Kündigung können bei der Interessenabwägung die Krankheitsursachen von Bedeutung sein. In aller Regel ist dem Arbeitgeber die Hinnahme einer Beeinträchtigung seiner betrieblichen Interessen eher zuzumuten, wenn die Gründe für die Arbeitsunfähigkeit im betrieblichen Bereich liegen. Das schließt es in Fällen dauerhafter Leistungsunfähigkeit oder völliger Ungewissheit über die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers nicht aus, im Einzelfall das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses höher zu bewerten, auch wenn die Leistungsunfähigkeit im Zusammenhang mit einem Arbeitsunfall steht.

5. Eine auf dauerhafte krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit gestützte Kündigung verstößt nicht ohne Weiteres gegen das Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung nach § 7 Abs. 1 AGG und Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der ihm zugrunde liegenden europäischen Richtlinie 2000/78/EG. Selbst wenn die fragliche Krankheit als Behinderung einzustufen ist, kann sich die Kündigung – auch unionsrechtlich – als wirksam erweisen, falls der Arbeitgeber nicht imstande ist, der Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers durch angemessene Vorkehrungen, dh. durch effektive und praktikable, ihn – den Arbeitgeber – nicht unzumutbar belastende Maßnahmen zu begegnen.