



## Newsletter Arbeitsrecht

**Mehr Geld für Feuerwehrleute! Und auch für andere Arbeitnehmer?**

**Überarbeitete Institutsvergütungsverordnung seit dem 4. August 2017 in Kraft!**

**Pensionsverpflichtungen und M&A – Teil 1: Versorgungswerk des Verkäufers**

**BAG zu Keylogger: Unwirksamkeit einer Compliance-Kündigung wegen Datenschutzverstoß**

**bAV: Teilzeitbeschäftigung, gespaltene Rentenformel und unverfallbare Anwartschaften**

August 2017

# Inhalt

Editorial	1
Interview	2
Überarbeitete Institutsvergütungsverordnung seit dem 4. August 2017 in Kraft!	4
Pensionsverpflichtungen und M&A – Teil 1	8
Aktuelles Urteil Arbeitsrecht	16
Aktuelles Urteil betriebliche Altersversorgung	18
Newsletterarchiv	20
Hogan Lovells e-Newsletter	21
Ihre Ansprechpartner	22

## Editorial

Liebe Leserin,  
lieber Leser,

wir "klassischen Arbeitsrechtler" freuen uns, diesmal unseren Spezialisten aus der betrieblichen Altersversorgung Raum für die Gestaltung einer Newsletterausgabe zu gewähren. Unsere Münchener Betriebsrentenexperten Bernd Klemm und Dr. Thomas Frank befassen sich vertieft mit der betrieblichen Altersversorgung bei M&A-Transaktionen. In dieser Ausgabe erläutern sie, welche langfristigen Folgen für die betriebliche Altersversorgung im Rahmen von M&A Transaktionen zu berücksichtigen sind und welche oftmals erheblichen Haftungsrisiken sich aus den beim Verkäufer geführten Versorgungswerken ergeben können. Die Auswirkungen von M&A Transaktionen auf das Versorgungswerk des Käufers werden dann im Folgebeitrag in der September-Ausgabe unseres Newsletters betrachtet.

Darüber hinaus gibt es spannende Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG), des Bundesarbeitsgerichts (BAG) und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). Zudem ist am 4. August 2017 die novellierte Institutsvergütungsverordnung in Kraft getreten, mit der die Vergütungssysteme von Finanzinstituten einer erneuten Überprüfung unterzogen werden müssen. Diese wesentlichen Neuerungen stellen Ihnen die Kollegen Dr. Nadine Kramer, Dr. Silvia Lang und Marco Neugeboren in einem Sonderbeitrag vor.

Nach gleich mehreren Urteilen des BVerwG steht Brandenburger Feuerwehrleuten eine nachträgliche Vergütung für Mehrarbeit zu, weil die sogenannte "Opt-Out-Option" in der brandenburgischen Arbeitszeitverordnung für Polizei, Feuerwehr und Justizvollzug, nach der mehr als die eigentlich maximal vorgesehenen 48 Arbeitsstunden pro Woche vereinbart werden können, gegen die EU-Arbeitszeitrichtlinie und damit gegen Unionsrecht verstößt. Die Entscheidung rückt auch Fragen nach der

Zulässigkeit von Überstunden für die Privatwirtschaft erneut ins Blickfeld. Welche dies sind, erläutern Ihnen im Interview unsere Kolleginnen Dr. Silvia Lang und Dr. Nadine Kramer.

Das BAG entschied kürzlich, dass der Einsatz eines Software-Keyloggers, mit dem alle Tastatureingaben an einem dienstlichen Computer für eine verdeckte Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers aufgezeichnet werden, nach § 32 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz unzulässig ist, wenn kein auf den Arbeitnehmer bezogener, durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht. Welche Folgen ein solches Verbot auf den Ausspruch von Compliance-Kündigungen haben kann, erfahren Sie von Dr. Wolf-Tassilo Böhm und Dr. Lukas Ströbel in der Rubrik "Aktuelles Urteil Arbeitsrecht".

Unsere Betriebsrentenexperten widmen sich zudem in der Rubrik "Aktuelles Urteil betriebliche Altersversorgung" einer Entscheidung des EuGH auf eine Vorlage des Arbeitsgerichts Verden, in der dieser die Anwendung einer gespaltenen Rentenformel auf teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter als unproblematisch ansieht. Auch auf eine weitere Vorlagefrage stellte der EuGH fest, dass die zeiträtierliche Berechnung einer unverfallbaren Anwartschaft im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung auch dann zulässig ist, wenn die fiktive Höhe der Betriebsrente bei unterstellter Betriebszugehörigkeit bis zum Renteneintritt begrenzt ist durch eine Höchstbegrenzung anrechnungsfähiger Dienstjahre.

Eine interessante Lektüre wünscht Ihnen

Ihre Hogan Lovells Praxisgruppe Arbeitsrecht

## Interview

### Mehr Geld für Feuerwehrleute! Und auch für andere Arbeitnehmer?



**Dr. Silvia Lang**  
Senior Associate, München  
T +49 (0) 89 29012 345  
silvia.lang@hoganlovells.com



**Dr. Nadine Kramer**  
Senior Associate, Frankfurt am Main  
T +49 (0) 69 96236 358  
nadine.kramer@hoganlovells.com

**Brandenburger Feuerwehrleuten steht nach mehreren Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG v. 21. Juli 2017 – 2 C 31.16 bis 2 C 44.16) nachträgliche Vergütung für Mehrarbeit zu. Die Entscheidung rückt auch Fragen nach der Zulässigkeit von Überstunden für die Privatwirtschaft erneut ins Blickfeld. Denn das BVerwG hat einen Haftungsanspruch dem Grunde nach bejaht, weil die sogenannte "Opt-Out-Option" in der brandenburgischen Arbeitszeitverordnung für Polizei, Feuerwehr und Justizvollzug ("BbgAZVPFJ"), nach der mehr als die eigentlich maximal vorgesehenen 48 Arbeitsstunden pro Woche vereinbart werden können, gegen die EU-Arbeitszeitrichtlinie und damit gegen Unionsrecht verstoße. Den Verstoß hat das BVerwG mit der Nichtbeachtung des Nachteilsverbots begründet. Die Entscheidung der obersten Verwaltungsrichter in Leipzig hat damit auch Signalwirkung für die Privatwirtschaft, von der regelmäßig eine Reform des als nicht mehr zeitgemäß empfundenen Arbeitszeitrechts gefordert wird. Worum ging es?**

**Dr. Silvia Lang:** Der Sachverhalt ist schnell erzählt: Die klagenden Feuerwehrleute forderten Geld für geleistete Mehrarbeit. Sie argumentierten, eine Überschreitung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 48 Stunden (vgl. Art. 6 EU-Arbeitszeitrichtlinie) könne nur angeordnet werden, wenn zugleich die Vorgaben aus Brüssel eingehalten würden. Die brandenburgische Verordnung (vgl. § 21 BbgAZVPFJ a.F.) setze diese aber nicht ausreichend um, weil sie die Voraussetzungen der EU-Arbeitszeitrichtlinie nicht beachte; sie sei daher unionsrechtswidrig. Die zu viel gearbeiteten

Stunden seien entsprechend zu bezahlen. Das BVerwG gab den Feuerwehrleuten im Wesentlichen Recht. Wenn keine Kompensation durch Freizeit- ausgleich stattfindet, seien diese Stunden zu bezahlen.

#### **Worum handelt es sich bei dieser "Opt-Out-Option"?**

**Dr. Nadine Kramer:** Die EU-Arbeitszeitrichtlinie sieht in Art. 6 eine maximale durchschnittliche Wochenarbeitszeit von 48 Stunden vor. Von dieser Vorgabe kann im Wege einer Opt-Out-Option nur unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden. Das bedeutet, Mehrarbeit über die 48 Stunden hinaus darf nur angeordnet werden, wenn der Sicherheits- und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer gewährleistet wird, der Arbeitnehmer zustimmt und ihm bei einer Ablehnung keine Nachteile entstehen (vgl. Art. 22 EU-Arbeitszeitrichtlinie). Diese Vorgaben gelten sowohl für den öffentlichen Dienst als auch für die Privatwirtschaft.

Im Bereich des öffentlichen Dienstes bestehen verschiedene Arbeitszeitverordnungen, die im Gegensatz zu den Regelungen in Brandenburg entsprechende Voraussetzungen enthalten und damit nicht gegen EU-Recht verstoßen.

#### **Das heißt, auch nicht-öffentliche Arbeitgeber können unter bestimmten Voraussetzungen von einer solchen "Opt-Out-Option" Gebrauch machen oder laufen sie Gefahr dann ebenfalls gegen Unionsrecht zu verstoßen?**

**Dr. Nadine Kramer:** Für die Privatwirtschaft sind die Vorgaben aus Brüssel einheitlich im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) umgesetzt. Dabei steht den Tarifvertrags- bzw. Betriebsparteien offen, von bestimmten Vorgaben abzuweichen (vgl. § 7 ArbZG) – es gilt insoweit eine Angemessenheitsvermutung. Auch für die maximale Wochenarbeitszeit besteht eine Opt-Out-Option: In einem Tarifvertrag oder einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung auf Grundlage eines Tarifvertrags kann die Arbeitszeit pro Werktag auch ohne Ausgleich auf mehr als acht Stunden verlängert werden (vgl. § 7 Abs. 2a ArbZG).

Vielfach wird die Regelung aber als europarechtswidrig angesehen: Der Staat dürfe die Einhaltung der Vorgaben der EU-Arbeitszeitrichtlinie (insbesondere Sicherheits- und Gesundheitsschutz) nicht an die Tarifvertragsparteien delegieren. Das Bundesarbeitsgericht hat sich dazu bislang nicht geäußert. Nach einem Bericht der EU-Kommission stehen aber auch andere EU-Länder im Verdacht, die Vorgaben der EU-Arbeitszeitrichtlinie nicht korrekt umgesetzt zu haben, als sie von der Opt-Out-Option Gebrauch gemacht haben. All dies dürfte mit ein Grund sein, warum die Opt-Out-Option in Deutschland nur sehr selten genutzt wird. Denn bei unwirksamer, weil rechtswidriger Anordnung von Mehrarbeit müsste diese ggf. nachträglich vergütet werden.

#### **Also doch eher keine Option, um dem allseitigen Wunsch von Wirtschaft und Arbeitnehmern für mehr Flexibilität bei der Arbeitszeit nachzukommen?**

**Dr. Silvia Lang:** Nein, leider nicht. Auch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales stellt diese Zurückhaltung in seinem Weißbuch "Arbeiten 4.0" fest und macht dafür die sinkende Tarifbindung sowie die Vielzahl der Arbeitnehmer, die von derartigen Gestaltungsansätzen nicht erfasst sind, verantwortlich.

Das ist problematisch, könnten doch die in der modernen Arbeitswelt bestehenden divergierenden Interessen auf diese Weise gut austariert werden. Hier stehen sich die Gefahren von Entgrenzung der Arbeit und Überforderung der Arbeitnehmer einerseits sowie der Wunsch der Arbeitnehmer nach mehr zeitlicher Flexibilität und Selbstbestimmung andererseits gegenüber.

Vereinbarungen der Sozialpartner sind zwar wünschenswert, weil sie helfen, diesen Konflikt zu befrieden. Dies wäre allerdings nicht mehr als ein Workaround. Besser wäre es, gleich die für alle geltende gesetzliche Basis zu modernisieren. Aktuell ist das ArbZG das Gesetz, gegen das wohl am häufigsten verstoßen wird. Der Grund: Die Regelungen sind gerade vor dem Hintergrund der modernen Arbeitswelt nicht mehr zeitgemäß. Experten fordern deshalb eine Reform: weg von der Regelung

der Arbeitszeit pro Werktag hin zu einer - auch europarechtlich geltenden - Arbeitszeit pro Woche.

#### **Drohen bei Verstößen gegen das Arbeitszeitgesetz nicht u.U. auch strafrechtliche Konsequenzen?**

**Dr. Nadine Kramer:** Leider gehen viele Arbeitgeber davon aus, dass Verstöße ohne Konsequenzen bleiben. Das ist ein Trugschluss: Bei einer Überschreitung der werktäglichen Arbeitszeit von acht Stunden (vgl. § 3 ArbZG) drohen Geldbußen von bis zu 15.000 Euro (vgl. § 22 Abs. 2, 1 Nr. 1 ArbZG). Noch gravierender sind die Sanktionen, wenn der Verstoß Gesundheit oder Arbeitskraft von Arbeitnehmern gefährdet. Dann drohen sogar strafrechtliche Konsequenzen: Bei Vorsatz sind eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder eine Geldstrafe als Sanktion möglich (vgl. § 23 Abs. 1 ArbZG), bei Fahrlässigkeit eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten und eine Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen (vgl. § 23 Abs. 2 ArbZG) - dies erschiene daher als Vorstrafe im polizeilichen Führungszeugnis. Als "Täter" kommen neben dem Arbeitgeber - Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder - auch Prokuristen und verantwortliche Abteilungs- oder Betriebsleiter sowie leitende Angestellte in Betracht, wenn sie von der Geschäftsführung oder dem Vorstand beauftragt wurden.

**Dr. Silvia Lang:** Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz stellen aber auch eine arbeitsrechtliche Pflichtverletzung dar. Arbeitnehmer haben in einem solchen Fall einen Erfüllungsanspruch und das Recht, die Leistung zu verweigern. Außerdem stehen ihnen Schadensersatzansprüche zu. Im Ergebnis lohnt es sich deshalb für alle Arbeitgeber, die Vorgaben des ArbZG einzuhalten und Reformvorhaben zu unterstützen.

## Überarbeitete Institutsvergütungsverordnung seit dem 4. August 2017 in Kraft!

Nach einer mehrmonatigen Konsultations- und Vorbereitungsphase ist am 4. August 2017 die langerwartete neue Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (InstitutsvergV) ("IVV", vgl. § 25a Abs. (6) KWG) in Kraft getreten. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ("BaFin") setzt damit u.a. die Vorgaben der Leitlinien für eine solide Vergütungspolitik der European Banking Authority um. Durch die IVV will die BaFin weiterhin darauf hinwirken, dass die Vergütungssysteme von Finanzinstituten keine schädlichen Anreize zur Eingehung unverhältnismäßig hoher Risiken schaffen. Die IVV ist nicht nur für Banken relevant, die ihren Sitz in Deutschland haben, sondern auch für alle ausländischen Finanzinstitute, die in Deutschland eine Zweigstelle betreiben (vgl. § 1 Abs. (1b) und § 53 Abs. (1) KWG).

Zum bisherigen Novellierungs-Entwurf der IVV ("IVV-E-alt") vom 10. August 2016 hatte die BaFin eine Auslegungshilfe vorgelegt, mit der die neuen Regelungen der IVV konkretisiert werden sollten. Da die nun in Kraft getretene IVV gegenüber dem IVV-E-alt einige Änderungen enthält, können diese Präzisierungen aber nur teilweise übertragen werden. Die BaFin plant, die neue Auslegungshilfe zeitnah zu veröffentlichen.

Die IVV enthält folgende wesentliche Neuerungen:

- Definition des Begriffs "fixe Vergütung":** Die neue IVV führt zu einem Paradigmenwechsel bei der wichtigen Unterscheidung zwischen fixer und variabler Vergütung. Ausgangspunkt ist die Neudefinition des Begriffs der **fixen Vergütung** (vgl. § 2 Abs. (6) IVV). Damit eine Vergütung als fix eingeordnet werden kann, muss sie u.a. die folgenden Voraussetzungen erfüllen: die Gewährung und Höhe darf keinem Ermessen unterliegen, die Gewährung und Höhe darf dem Mitarbeiter keine Anreize für eine Risikoübernahme bieten, die Voraussetzungen für die Gewährung und Höhe müssen
  - vorher festgelegt werden, die Voraussetzungen für die Gewährung und Höhe müssen transparent für den Mitarbeiter sein, die Gewährung und Höhe muss dauerhaft sein, sie darf nicht einseitig vom Institut verringert, ausgesetzt oder aufgehoben werden können und nicht leistungsabhängig oder sonst vom Eintritt zuvor vereinbarter Bedingungen abhängig ausgestaltet sein. Die bisher in der alten IVV gültige Definition des Begriffs der variablen Vergütung entfällt in der neuen IVV: Vielmehr gelten alle übrigen Vergütungsbestandteile, die nicht unter den Begriff "fixe Vergütung" fallen, als variable Vergütung (vgl. § 2 Abs. (3) IVV) – im Zweifelsfall sind dann die gesetzlichen Obergrenzen für die variable Vergütung zu beachten (vgl. § 25a Abs. (5) KWG). Erklärtes Ziel der BaFin ist, Vergütungsformen, die sich bisher nicht eindeutig zuordnen ließen, den gesetzlichen Bonusobergrenzen zu unterwerfen. Eine gewisse Flexibilität kann noch durch die Gewährung von Funktions- oder Auslandszulagen erreicht werden. Obwohl solche Zulagen an bestimmte Bedingungen geknüpft sind, gelten sie als fixe Vergütung. Hierdurch lässt sich in einigen eng umgrenzten Fällen eine gewisse Entgeltflexibilisierung erreichen, ohne die Obergrenzen für die variable Vergütung auszulösen.
- Zum Teil deutlich strengere Anforderungen an die Gewährung von Abfindungen:** Auch **Abfindungen** gelten als variable Vergütung (vgl. § 5 Abs. (7) S. 1 IVV). In seinem Vergütungssystem muss ein Institut vorab abstrakt-generelle Grundsätze zur Gewährung von Abfindungen festlegen. Diese müssen entweder Höchstbeträge festsetzen oder die Kriterien für die Bestimmung der Abfindungsbeträge benennen (vgl. § 5 Abs. (7) S. 2 IVV). Außerdem muss eine Abfindung grundsätzlich der erbrachten Leistung des Mitarbeiters Rechnung tragen (vgl. § 5 Abs. (7) S. 4 IVV). In der [Auslegungshilfe zu § 5 IVV-E-alt](#) findet sich
  - vorher festgelegt werden, die Voraussetzungen für die Gewährung und Höhe müssen transparent für den Mitarbeiter sein, die Gewährung und Höhe muss dauerhaft sein, sie darf nicht einseitig vom Institut verringert, ausgesetzt oder aufgehoben werden können und nicht leistungsabhängig oder sonst vom Eintritt zuvor vereinbarter Bedingungen abhängig ausgestaltet sein. Die bisher in der alten IVV gültige Definition des Begriffs der variablen Vergütung entfällt in der neuen IVV: Vielmehr gelten alle übrigen Vergütungsbestandteile, die nicht unter den Begriff "fixe Vergütung" fallen, als variable Vergütung (vgl. § 2 Abs. (3) IVV) – im Zweifelsfall sind dann die gesetzlichen Obergrenzen für die variable Vergütung zu beachten (vgl. § 25a Abs. (5) KWG). Erklärtes Ziel der BaFin ist, Vergütungsformen, die sich bisher nicht eindeutig zuordnen ließen, den gesetzlichen Bonusobergrenzen zu unterwerfen. Eine gewisse Flexibilität kann noch durch die Gewährung von Funktions- oder Auslandszulagen erreicht werden. Obwohl solche Zulagen an bestimmte Bedingungen geknüpft sind, gelten sie als fixe Vergütung. Hierdurch lässt sich in einigen eng umgrenzten Fällen eine gewisse Entgeltflexibilisierung erreichen, ohne die Obergrenzen für die variable Vergütung auszulösen.

beispielhaft der Fall, dass ein Mitarbeiter willentlich oder grob fahrlässig gegen interne Regeln verstößt; dann sei die Abfindung jedenfalls deutlich zu reduzieren oder ganz zu streichen. Abfindungen unterfallen als variable Vergütung grundsätzlich dem Bonus-Cap. Es gibt jedoch eine Reihe von Ausnahmen (u.a. Abfindungen, auf die ein gesetzlicher Anspruch besteht, die aufgrund eines rechtskräftigen Urteils oder Prozessvergleichs zu leisten sind).

- **Einführung von Offenlegungspflichten:** In Bezug auf die Vergütungssysteme treffen Institute weitgehende **Offenlegungspflichten** (vgl. § 16 IVV). Allerdings differenziert die IVV zwischen drei Kategorien von Instituten, für die unterschiedlich weitgehende Regelungen gelten: (i) bedeutende Institute (hierzu sogleich), (ii) sog. CRR-Institute (zum Begriff vgl. Art. 4 Abs. (1) Nr. 1, 2 der VO (EU) 575/2013) mit einer Bilanzsumme von drei Milliarden Euro und mehr und (iii) CRR-Institute mit einer Bilanzsumme von weniger als drei Milliarden Euro.
- **Besondere Anforderungen an bedeutende Institute und insbesondere die variable Vergütung von Risikoträgern:** Die IVV stellt außerdem besondere Anforderungen an sog. **bedeutende Institute**. Das sind Institute, deren Bilanzsumme in den letzten drei Geschäftsjahren im Durchschnitt **15 Milliarden Euro** erreicht oder überschritten hat (vgl. § 17 Abs. (1) IVV). Diese Institute haben die Pflicht, sog. **Risikoträger zu ermitteln** (vgl. § 18 Abs. (2) IVV). Das sind Mitarbeiter, deren berufliche Tätigkeit sich wesentlich auf das Risikoprofil eines Instituts auswirkt (vgl. § 2 Abs. (8) S. 1 IVV). Die Vergütungssysteme für derartige Mitarbeiter müssen zusätzlich besonderen Anforderungen entsprechen (vgl. § 18 Abs. (1), (3) bis (5) IVV). So müssen etwa negative Erfolgsbeiträge des Risikoträgers oder ein negativer Gesamterfolg

des Instituts die Höhe der variablen Vergütung verringern oder zum vollständigen Verlust derselben führen (vgl. § 18 Abs. (5) IVV).

Relevant ist insbesondere die Vorschrift zur sog. **Ex-post-Risikoadjustierung**, die anders als die sog. Ex-ante-Risikoadjustierung (vgl. § 19 IVV) **nur für variable Vergütungen von Risikoträgern** gilt (vgl. § 20 IVV). Die Ex-post-Risikoadjustierung greift nur bei variablen Vergütungen, die einen gewissen Schwellenwert überschreiten (vgl. § 18 Abs. (1) IVV). Die Auslegungshilfe zu § 18 IVV-E-alt nannte einen Betrag von 50.000 Euro. Die IVV enthält Regelungen über Zurückbehaltung, Anspruchs- und Auszahlungsvoraussetzungen sowie die Rückforderung von variabler Vergütung (vgl. § 20 IVV). Das Institut muss einen erheblichen Teil der variablen Vergütung (40% bzw. 60%) über einen Zeitraum von mindestens drei Jahren **zurückhalten** (sog. deferral, i.E. § 20 Abs. (1) bis (3) IVV). Während dieses Zeitraums muss **nachträglich geprüft** werden, ob die ursprüngliche Ermittlung der variablen Vergütung rückblickend noch zutreffend erscheint. Fällt diese Überprüfung negativ aus, muss die zurückbehaltene variable Vergütung reduziert werden (sog. malus, vgl. § 20 Abs. (4) Nr. 3 IVV). Zusätzlich muss das Institut in besonders schwerwiegenden Fällen die bereits ausgezahlte Vergütung **zurückfordern** (sog. clawback, vgl. § 20 Abs. (6) S. 1 IVV). Die Institute müssen dabei in der Lage sein, 100% der variablen Vergütung zu reduzieren oder zurückzufordern (vgl. Auslegungshilfe zu § 20 IVV-E-alt).

#### Auswirkungen für Arbeitgeber

Die Änderungen der IVV zwingen Arbeitgeber zum Handeln. Finanzinstitute müssen bestehende Vereinbarungen (Arbeitsverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen, die nicht auf eine entsprechende Regelung in einem Tarifvertrag zurückge-

hen, betriebliche Übungen, Gesamtzusagen), die mit der IVV nicht in Einklang stehen, **anpassen**, soweit das rechtlich zulässig ist (vgl. § 14 IVV). Insbesondere aufgrund der dargestellten Umkehrung der Definition von variabler und fixer Vergütung kann Anpassungsbedarf bestehen. Nach der Neuregelung gelten Vergütungsbestandteile, die nicht unter den neuen Begriff der fixen Vergütung fallen, als variable Vergütung.

Laut der von der BaFin herausgegebenen Auslegungshilfe zum IVV-E-alt soll die fixe Vergütung nach der Neuregelung primär die einschlägige Berufserfahrung und die organisatorische Verantwortung des Mitarbeiters widerspiegeln. Der Begriff der fixen Vergütung wird damit noch enger gefasst als bisher. Um als fixe Vergütung qualifiziert zu werden, muss der Vergütungsbestandteil insbesondere dauerhaft gewährt werden. Darüber hinaus heißt es in den Leitlinien der European Banking Authority ausdrücklich, dass die fixe Vergütung unwiderruflich ausgestaltet sein muss und der dauerhafte Betrag der fixen Vergütung nur im Wege von Tarifverhandlungen oder infolge einer Nachverhandlung in Einklang mit nationalen Kriterien für die Lohnfestsetzung geändert werden können darf, um als fixer Vergütungsbestandteil qualifiziert zu werden. Auch wenn diese Leitlinien nicht verbindlich sind, wird sich die Praxis daran orientieren. Die Qualifikation als variable Vergütung kann sich daher auch aus einem Widerrufsvorbehalt ergeben. Dies ist bspw. dann der Fall, wenn der Widerruf des Vergütungsbestandteils, etwa einer Zulage, auch im Fall einer schlechten wirtschaftlichen Entwicklung des Kreditinstituts möglich sein soll. Gleiches gilt für Widerrufsgründe, die an Ursachen, die von dem Mitarbeiter gesetzt wurden, anknüpfen.

Daher sollte, wenn ein fixer Vergütungsbestandteil gewollt ist, darauf verzichtet werden, folgende Umstände als Gründe für einen Widerruf festzulegen:

- wesentliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditinstituts gegenüber dem Zeitpunkt, in dem die Zulage zugesagt wurde;

- unzureichende Leistungen des Mitarbeiters (trotz Abmahnung);
- schwerwiegende Verletzungen von Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis;

In diesen Fällen kann der Arbeitgeber immer noch überlegen, ob er ggf. eine Änderungskündigung zur Anpassung der Vergütung ausspricht.

Hinsichtlich der Anpassung von Arbeitsverträgen stehen dem Arbeitgeber die allgemeinen arbeitsrechtlichen Instrumentarien zur Änderung der Vertragsbedingungen zur Verfügung, insbesondere die einvernehmliche Änderung der bisherigen Arbeitsverträge oder der Ausspruch entsprechender Änderungskündigungen. Institute sollten nachvollziehbar dokumentieren, welche (ggf. erfolglosen) Anstrengungen sie unternommen haben, um eine einvernehmliche Änderung der Vereinbarungen herbeizuführen. Weiterhin nicht unter die IVV fallen allerdings Vergütungen, die der Arbeitgeber aufgrund eines Tarifvertrags leistet.

Wie dargestellt haben die Institute in ihrer Vergütungsstrategie in Bezug auf **Abfindungen** außerdem **Grundsätze festzulegen**, die entweder einen Höchstbetrag für Abfindungen oder die Kriterien für die Bestimmung der Abfindungsbeträge umfassen (vgl. § 5 Abs. (7) S. 2 IVV) – das Institut kann also zwischen einem Höchstbetrag oder dem Aufstellen von Kriterien wählen. Beide Alternativen können den Verhandlungsspielraum des Arbeitgebers gewolltermaßen deutlich einschränken. In einem arbeitsgerichtlichen Prozess etwa kann dies freilich äußerst hinderlich sein. Deswegen wird man bei der Festlegung von Abfindungsgrundsätzen weitsichtig agieren müssen. Die Gründe für Abfindungszahlungen müssen **dokumentiert** werden (vgl. § 5 Abs. (7) S. 4 IVV).

Problematisch sind letztlich die aufgestellten Anforderungen i.R.d. **Ex-post-Risikoadjustierung** (vgl. § 20 IVV). Neben den zu beachtenden Regelungen zu **deferral** und **malus** stellt sich insbesondere der mögliche **clawback** als arbeitsrechtlich schwer rechtssicher umsetzbar dar. Zwar ist eine nach billigem Ermessen des Arbeitgebers zu treffende Leistungsbestimmung über eine noch



auszuzahlende variable Vergütung nach dem BAG zulässig (vgl. BAG v. 19. März 2014, 10 AZR 622/13, NZA 2014, 595). In dieser Entscheidung hielt das BAG aber auch fest, dass ein Freiwilligkeitsvorbehalt den Mitarbeiter unangemessen benachteiligt, wenn er dem Arbeitgeber das Recht zubilligt, trotz Abschluss einer vergütungsorientierten Zielvereinbarung und der Beurteilungsperiode frei über eine Bonuszahlung zu entscheiden. Ein Freiwilligkeitsvorbehalt bezüglich einer variablen Vergütung funktioniert deshalb grundsätzlich nicht mehr. Ferner erlaubt das "billige Ermessen" nur in Ausnahmefällen eine Festsetzung des Bonusbetrags auf null. In der Regel muss der Bonusbetrag eine Größenordnung erreichen, die den Leistungsbezug beachtet und ausreicht, die durch den Abschluss von Zielvereinbarungen angestrebten und tatsächlich erbrachten Leistungen angemessen zu honorieren.

I.R.d. clawbacks müsste jedoch eine bereits ausgezahlte Vergütung zurückgefordert werden. Dabei könnten sich das Problem der Entreicherung (vgl. § 818 Abs. (3) BGB) und die Frage stellen, ob die IVV insofern vorrangige Regelungen enthält. Außerdem könnte eine AGB-Kontrolle (vgl. §§ 305 ff. BGB) Probleme aufwerfen (vgl. etwa BAG v. 21. Januar 2015, 10 AZR 84/14, NZA 2015, 871 zur Rückzahlung von Provisionsvorschüssen). Der rechtlich präzisen Vertragsgestaltung wird folglich noch größere Bedeutung zukommen. Dabei ist jedenfalls zu raten, die insofern festzulegenden vertraglichen Klauseln nahe am Verordnungstext zu formulieren. Auch i.R.d. **Ex-ante-Risikoadjustierung** sind die Anforderungen des IVV zu beachten (vgl. § 19 IVV).

Beachten Institute die Vorgaben der IVV nicht, drohen ihnen negative Folgen. Insbesondere kann die BaFin gegenüber Instituten und ihren Geschäftsleitern zur Erfüllung ihrer Aufgaben **Anordnungen** treffen. So kann die BaFin anordnen, dass Ansprüche auf Gewährung variabler Vergütungsbestandteile, die einem angemessenen, transparenten und auf nachhaltige Entwicklung ausgerichteten Vergütungssystem widersprechen, ganz oder teilweise **nicht ausgezahlt werden dürfen oder ggf. erlöschen**, wenn zusätzlich unzu-

reichende Eigenmittel bzw. unzureichende Liquidität zumindest zu erwarten ist und eine von der BaFin gesetzte Frist zur Behebung dieser Mängel verstrichen ist (vgl. § 45 Abs. (2), (5) S. 5 und 6 KWG). Diese Anordnung hat weiterhin zur Folge, dass die betroffenen Mitarbeiter insoweit keine Ansprüche auf variable Vergütung herleiten können (vgl. § 45 Abs. (5) S. 12 KWG). Der BaFin stehen weitere Eingriffsmöglichkeiten nach dem KWG zu: So kann sie etwa Sonderprüfungen durchführen und Bußgelder oder sogar ein sog. Moratorium verhängen. Regelmäßig werden diese Maßnahmen von der BaFin öffentlich gemacht – insofern ist stets die nicht zu unterschätzende negative Außenwirkung zu bedenken.



**Dr. Silvia Lang**

Senior Associate, München

T +49 (0) 89 29012 345

silvia.lang@hoganlovells.com



**Dr. Nadine Kramer**

Senior Associate, Frankfurt am Main

T +49 (0) 69 96236 358

nadine.kramer@hoganlovells.com



**Marco Neugeboren**

Senior Associate, Hamburg

T +49 (0) 40 41993 239

marco.neugeboren@hoganlovells.com

# Pensionsverpflichtungen und M&A – Teil 1

## Versorgungswerk des Verkäufers

Die Gestaltung einer M&A Transaktion muss die langfristigen Folgen für die betriebliche Altersversorgung berücksichtigen. Für den Käufer können sich erhebliche Haftungsrisiken aus den zuvor beim Verkäufer geführten Versorgungswerken ergeben, welche im ersten Teil dieses Beitrags betrachtet werden sollen. Wegen des Umfangs und der Langfristigkeit der aus einer betrieblichen Altersversorgung auf Seiten des Verkäufers resultierenden Pensionsverpflichtungen sind diese im Rahmen einer M&A Transaktion von besonderer wirtschaftlicher Bedeutung. Daher sollte ein Käufer im Rahmen einer umfassenden Due Diligence zunächst sicherstellen, alle möglichen Risiken aus der betrieblichen Altersversorgung auf Seiten des Verkäufers zu identifizieren, um hierauf angemessen reagieren zu können. Aufgrund einer oftmals lang zurückreichenden Historie und unvollständiger Unterlagen stellt dies aber in vielen Fällen ein schwieriges Unterfangen dar. Der Käufer darf aber ebenso nicht außer Acht lassen, dass die Transaktion auch auf sein Versorgungswerk Auswirkungen haben kann. Diesem Punkt widmet sich der zweite Teil dieses Beitrags, der in der September-Ausgabe unseres Newsletters erscheint.

### Teil 1: Versorgungswerk des Verkäufers

Zu Beginn eines Projekts haben die beteiligten Gesellschaften regelmäßig bestimmte Vorstellungen, wie mit Pensionsverpflichtungen aus Altersversorgungszusagen des Verkäufers umzugehen ist. Nicht selten hat der potentielle Käufer (insbesondere solche aus dem anglo-amerikanischen Raum) die Erwartung, dass er keine Pensionsverpflichtungen übernehmen müsse. Dies ist in dieser absoluten Form aber nicht darstellbar.

#### 1. Übergang von Pensionsverpflichtungen auf den Käufer

Das Schicksal von Altersversorgungszusagen des Verkäufers hängt ganz wesentlich von der konkreten Transaktionsgestaltung ab. Regelmäßig kommt es zu einem – wie auch immer gearteten – Übergang von Pensionsverpflichtungen.

#### 1. Haftung nach einem Anteilskauf (Share Deal)

Erwirbt der Käufer Anteile einer Gesellschaft (Targetgesellschaft), bleibt deren juristische Identität von der Transaktion unberührt. Damit bleiben auch die Arbeitsverhältnisse und alle daraus resultierenden Verpflichtungen unberührt. Die Targetgesellschaft bleibt weiterhin in der Haftung für ihre Verpflichtungen aus der betrieblichen Altersversorgung (Pensionsverpflichtungen). Dies erfasst auch Pensionsverpflichtungen, die vor der Transaktion entstanden sind, und gilt auch für Pensionsverpflichtungen gegenüber ausgeschiedenen Arbeitnehmern und Rentnern. Mit dem Erwerb der Anteile an der Targetgesellschaft erwirbt der Käufer auch die Pensionsverpflichtungen der Targetgesellschaft.

#### 2. Haftung nach einem Betriebsübergang

Sind nicht Gesellschaftsanteile Gegenstand einer Transaktion, sondern einzelne Wirtschaftsgüter, werden einzelne Betriebsmittel auf den Käufer sachenrechtlich übertragen (Asset Deal). Dies führt arbeitsrechtlich in der Regel dazu, dass ein Betrieb oder ein Betriebsteil auf den Käufer übergeht. Die Voraussetzungen für einen Betriebs(teil)übergang sind jeweils im Einzelfall zu prüfen. Es steht nicht zur Disposition der Parteien, ob ein Betriebsübergang vorliegt. Im Kaufvertrag kann aber eine Vereinbarung darüber getroffen werden, dass die Parteien nicht von einem Betriebsübergang ausgehen und die Kosten infolge eines dennoch stattfindenden Betriebsübergangs von einer Seite zu tragen sind. Nachfolgend soll vom Regelfall eines Betriebsübergangs ausgegangen werden.

##### a. Folgen des Betriebsübergangs

Nach einem Betriebsübergang tritt der Käufer in die Rechte und Pflichten der im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein (§ 613a Abs. 1 S. 1 BGB). Daher sind nur aktive Arbeitnehmer und deren Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung vom Betriebsübergang erfasst. Die Zusage auf betriebliche Altersversorgung (Pensionszusage) geht grundsätzlich inhaltlich unverändert auf den Käufer über, so dass der übergehende Arbeitnehmer weiterhin Anwartschaften aus dieser Zusage nach dem Betriebsübergang beim Käufer

erwirbt. Der Käufer haftet aber infolge des Betriebsübergangs auch für Pensionsverpflichtungen, die bereits in der Vergangenheit beim Verkäufer erdient wurden.

Ausgeschiedene Arbeitnehmer und Rentner sind dagegen nicht vom Betriebsübergang erfasst. Somit verbleiben auch ihnen gegenüber bestehenden Pensionsverpflichtungen beim Verkäufer, selbst wenn dieser die wirtschaftliche Tätigkeit aufgibt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Käufer auch die Firma des Verkäufers übernimmt. Dann haftet er als Gesamtschuldner neben dem Verkäufer (§ 25 HGB).

Vom Betriebsübergang nicht erfasst sind auch Anstellungsverhältnisse von Organmitgliedern (BAG v. 13. Dezember 2003– 8 AZR 654/01). Deren Anwartschaften müssten daher gem. § 4 BetrAVG im Rahmen einer dreiseitigen Vereinbarung zwischen Verkäufer, Käufer und Organmitglied übertragen werden, wenn das gewollt ist. Andernfalls bleiben die erworbenen Anwartschaften beim Verkäufer. Im Fall einer Anstellung beim Käufer könnte dann eine neue Pensionszusage für die Zukunft erteilt werden.

#### **b. Gesamtschuldnerische Haftung**

Käufer und Verkäufer haften gesamtschuldnerisch für übergegangene Pensionsverpflichtungen, die vor dem Betriebsübergang entstanden sind und innerhalb eines Jahres nach diesem Zeitpunkt fällig werden (§ 613a Abs. 2 BGB). Die Mithaftung des Verkäufers erstreckt sich damit nur auf die Arbeitnehmer, bei denen der Versorgungsfall innerhalb eines Jahres nach dem Betriebsübergang eintritt oder soweit in dieser Zeit eine Rentenanpassung zu erfolgen hat. Vom Verkäufer sind diese Ansprüche zeitanteilig zu erfüllen in Höhe des Teils, der dem Verhältnis der Beschäftigungsdauer beim Verkäufer zur Gesamtbeschäftigungsdauer im übergehenden Betrieb entspricht (§ 613a Abs. 2 S. 2 BGB).

### **3. Haftung nach einer Umwandlung**

Auch bei Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung nach dem Umwandlungsgesetz gilt die Regelung des § 613a Abs. 1, 4 bis 6 BGB zum Betriebsübergang aufgrund der Verweisung in

§ 324 UmwG. In Praxis der trifft man am häufigsten auf Verschmelzungen und Spaltungen.

#### **a. Gesamtrechtsnachfolge nach Verschmelzung**

Im Rahmen einer Verschmelzung kommt es zu einer Gesamtrechtsnachfolge (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), so dass der übernehmende Rechtsträger mit Eintragung der Verschmelzung vollumfänglich in die Rechtsposition des übertragenden Rechtsträgers eintritt; der übertragende Rechtsträger erlischt. Das BAG lässt offen, ob auch § 613a BGB erfüllt ist. Allerdings gehen schon aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes alle Vermögensgegenstände und somit auch die Pensionsverpflichtungen des übertragenden Rechtsträgers automatisch auf den übernehmenden Rechtsträger über.

#### **b. Betriebsübergang nach Spaltung**

Auch im Fall einer Spaltung vollzieht sich der Übergang der Vermögensgegenstände einschließlich der Pensionsverpflichtungen im Rahmen einer (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Anders als bei der Verschmelzung werden hier aber nicht alle Vermögensgegenstände auf einen anderen Rechtsträger übertragen. Vielmehr werden die Vermögensgegenstände im Spaltungsvertrag den Rechtsträgern zugewiesen.

Arbeitsverhältnisse und damit die Pensionsverpflichtungen gehen regelmäßig infolge eines Betriebsübergangs auf den übernehmenden Rechtsträger über (§ 324 UmwG). Die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs sind im Einzelnen zu prüfen. Liegen die Voraussetzungen für einen Betriebsübergang vor, übernimmt der aufnehmende Rechtsträger die Pensionsverpflichtungen gegenüber aktiven Arbeitnehmern (§ 613a Abs. 1 BGB). Im Spaltungsvertrag kann keine davon abweichende Zuordnung der Pensionsverpflichtungen gegenüber aktiven Arbeitnehmern erfolgen.

Im Fall einer Spaltung haften die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger für zehn Jahre nach Bekanntmachung der Eintragung der Spaltung als Gesamtschuldner für Pensionsverpflichtungen (§ 133 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 UmwG). Das Haftungsregime des § 613a BGB findet insoweit keine Anwen-

dung, da § 324 UmwG nicht auf dessen Abs. 2 verweist. Ist vor dem 26. März 1994 eine Pensionszusage erteilt worden und wird die Versorgungsleistung später als vier Jahre nach Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister fällig, kommt es nicht zu einer Enthftung nach zehn Jahren (§ 319 Abs. 1 S. 2).

#### **4. Vertragliche Regelungen zu Pensionsverpflichtungen**

Der Übergang von Pensionsverpflichtungen wie vorstehend beschrieben ist zwingend. Gleichwohl haben die Parteien einen gewissen vertraglichen Gestaltungsspielraum.

##### **a. Bestimmung der Pensionszusagen**

Es empfiehlt sich, die beim Verkäufer bestehenden Pensionszusagen abschließend in einer Anlage zum Kaufvertrag aufzunehmen. Auch die Höhe der Anwartschaften kann dort aufgeführt werden. Dies ist insbesondere dann angezeigt, wenn es Hinweise gibt, dass noch weitere Rechtsgrundlagen für Pensionsverpflichtungen bestehen. Auch Unklarheiten bezüglich des Kreises der Versorgungsberechtigten (insbesondere bei Betriebsteilübergängen) können durch eine Auflistung vermieden werden.

##### **b. Schuldbeitritt und Erfüllungsübernahme**

Wenngleich die Haftungsregelungen des § 613a BGB und des § 133 UmwG zwingend sind, können die Parteien im Innenverhältnis eine abweichende Haftungsverteilung vereinbaren. Eine befreiende Schuldübernahme scheitert jedoch am Übertragungsverbot des § 4 BetrAVG. Dies gilt für alle gesetzlich unverfallbaren Anwartschaften und laufenden Leistungen, auch für noch aktive Arbeitnehmer, die die Unverfallbarkeitsvoraussetzungen des § 1b BetrAVG erfüllen. Allerdings hat das BAG offen gelassen, ob eine Übertragung laufender Leistungen mit Zustimmung des PSV möglich ist.

Die Parteien können einen Schuldbeitritt zu den Pensionsverpflichtungen erklären. In diesem Fall haftet der Beitretende als Gesamtschuldner mit dem Versorgungsschuldner. Letzterer bleibt aber im Außenverhältnis gegenüber den Versorgungsberechtigten in vollem Umfang verpflichtet.

Mit einer Erfüllungsübernahme kann sich eine Partei zugleich gegenüber dem Versorgungsschuldner (je nach Konstellation Verkäufer oder Käufer) verpflichten, dessen Pensionsverpflichtungen zu erfüllen. Die Versorgungsberechtigten erhalten hieraus keine unmittelbaren Rechte. Grundsätzlicher Nachteil eines solchen Modelles ist allerdings, dass Versorgungsschuldner und der Beitretende ein Jahrzehnte andauerndes Schuldverhältnis eingehen. Dies ist oft nicht gewünscht. Zudem ist auch die bilanzrechtliche Behandlung von (interner) Erfüllungsübernahme mit einem (nach außen wirkenden) Schuldbeitritt umstritten.

##### **c. Auslagerung auf Rentnergesellschaft**

Soll der Käufer nach einem Betriebsübergang auch die Pensionsverpflichtungen gegenüber Ausgeschiedenen und Rentnern übernehmen, können die entsprechenden Pensionsverpflichtungen im Rahmen einer "vor-transaktionellen" Umstrukturierung nach dem Umwandlungsgesetz vom Verkäufer auf eine "Rentnergesellschaft" ausgegliedert werden. Diese Rentnergesellschaft kann vom Käufer erworben werden.

Die Rentnergesellschaft ist so auszustatten, dass sie nicht nur die laufenden Betriebsrenten zahlen kann, sondern auch zu den gesetzlich vorgesehenen Anpassungen in der Lage ist. Da eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit der Versorgungsberechtigten nicht besteht, wenn eine Abspaltung auf eine noch operativ tätige Gesellschaft erfolgt, besteht eine entsprechende Ausstattungspflicht in diesem Fall nicht. Bleibt als Folge einer Veräußerung des operativen Geschäfts nach einem Betriebsübergang lediglich eine Rentnergesellschaft zurück, ist eine Ausstattungspflicht ebenfalls abzulehnen.

##### **d. Zuweisung im Spaltungsvertrag**

Pensionsverpflichtungen gegenüber Rentnern und Ausgeschiedenen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Betriebsübergangs. Im Fall einer Spaltung dürfen die Parteien daher im Spaltungsvertrag eine Zuordnung dieser Pensionsverpflichtungen treffen.

Im Grundsatz sind Pensionsverpflichtungen gegenüber Ausgeschiedenen und Rentnern dem ausge-

gliederten Vermögen zuzuordnen, wenn sie seinerzeit bei einer Beschäftigung für diesen Vermögensteil erdient wurden. Insoweit ist es unerheblich, dass Ausgeschiedene und Rentner nicht vom Betriebsübergang erfasst sind. Abzustellen ist darauf, in welchem Beschäftigungsverhältnis die Zusage auf betriebliche Altersversorgung gewährt wurde. Es genügt, wenn die Pensionsverpflichtungen bei betriebswirtschaftlicher Betrachtung dem Geschäftsbetrieb eines bestimmten Unternehmensteils zuzurechnen sind.

Dies bedeutet, dass Pensionsverpflichtungen gegenüber Ausgeschiedenen und Rentnern dann gegebenenfalls von einer Auffangklausel erfasst werden. Solche Klauseln sind meist Bestandteil eines Spaltungsvertrags, damit Vermögensgegenstände, die im Rahmen einer enumerativen Aufzählung vergessen wurden, gleichwohl auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen werden. Eine solche Klausel würde daher dazu führen, dass Pensionsverpflichtungen gegenüber Ausgeschiedenen und Rentnern u.U. auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen, selbst wenn sie beim übertragenden Rechtsträger verbleiben sollten. Daher empfiehlt sich in jedem Fall eine klarstellende Regelung.

## II. Wirtschaftlicher Ausgleich

Die vorstehend dargestellte Haftungsverteilung gilt für alle Durchführungswege der betrieblichen Altersversorgung. Allerdings können Pensionsverpflichtungen ausfinanziert sein. Daher ist wirtschaftlich auch von Bedeutung, ob die betriebliche Altersversorgung über eine externe Versorgungseinrichtung abgewickelt wird.

### 1. Unmittelbare Pensionszusagen (Direktzusagen)

In einer Direktzusage hat sich der Arbeitgeber unmittelbar gegenüber seinen Arbeitnehmern zur Zahlung einer Betriebsrente bei Eintritt des Versorgungsfalles verpflichtet. Solche Verpflichtungen sind oft nicht ausfinanziert. Der Versorgungsschuldner hat Rückstellungen in der Bilanz gebildet. Für die übernommenen Pensionsverpflichtungen muss der Käufer nach dem Closing selbst Rück-

stellungen in seiner Bilanz ansetzen. Gibt es Vermögenswerte beim Verkäufer, die der Finanzierung der Pensionsverpflichtungen dienen, wird es daher Ziel des Käufers sein, über diese nach der Transaktion verfügen zu können.

#### a. Rückdeckungsversicherungen

Sind Pensionsverpflichtungen über Rückdeckungsversicherungen ausfinanziert, bleibt in einem Anteilskauf die Targetgesellschaft Versicherungsnehmer, so dass ihr die Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherungen weiterhin zur Verfügung stehen. Im Fall eines Betriebsübergangs wechselt dagegen der Arbeitgeber. Daher sollte der neue Arbeitgeber auch Versicherungsnehmer der Rückdeckungsversicherungen werden. Dies kann durch dreiseitige Vereinbarung zwischen altem Arbeitgeber, neuem Arbeitgeber und dem Versicherungsunternehmen erfolgen. In der Praxis stellt dies kein Problem dar.

#### b. CTA

Werden Wirtschaftsgüter von einem Treuhänder im Rahmen eines Contractual Trust Arrangements (CTA) zur Ausfinanzierung und privatrechtlichen Insolvenzsicherung von Pensionsverpflichtungen gehalten, ist nicht in jedem Fall gewährleistet, dass ein solches CTA nach dem Closing durch den Käufer fortgesetzt werden kann.

Beim Anteilskauf bleibt die Targetgesellschaft als juristische Person weiter bestehen, so dass auch die Fortführung eines CTA im Grundsatz möglich ist. Dabei sind CTA mit Gruppentreuhändern, die für verschiedene Unternehmen fungieren können, unproblematisch. Schwieriger gestaltet sich die Fortführung, wenn der Treuhänder ein Unternehmenstreuhänder ist. Solche Treuhänder fungierten für Gesellschaften einer bestimmten Unternehmensgruppe. So lange ihre Tätigkeit auf die Unternehmensgruppe beschränkt ist, sind sie von der aufsichtsrechtlichen Genehmigungspflicht befreit (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 KWG). Daher begrenzt deren Satzung regelmäßig den Zweck auf Tätigkeiten für die Unternehmensgruppe.

Scheidet die Targetgesellschaft aus der Unternehmensgruppe aus, darf der Unternehmenstreuhän-

der nicht mehr in dieser Rolle für die Targetgesellschaft handeln. Die Folgen ergeben sich dann aus der Satzung und den von den Parteien getroffenen Vereinbarungen. Viele Treuhandverträge sehen hierbei vor, dass das Treuhandvermögen dazu verwendet werden kann, eine gleichwertige Sicherung bei der Targetgesellschaft einzurichten.

Auch im Fall einer Gesamtrechtsnachfolge durch Umwandlung sind die Folgen eines Konzernwechsels zu berücksichtigen.

Im Rahmen eines Betriebsübergangs geht ein CTA nicht automatisch auf den Käufer über. Vielmehr sind entsprechende Vereinbarungen mit dem Treuhänder zu treffen, wenn die Insolvenzsicherung über das CTA auch beim Käufer fortgesetzt werden soll. Auch dies kann problematisch sein, wenn es sich um einen Unternehmenstreuhänder handelt. Auch hier kann Treuhandvermögen zur Fortsetzung der privatrechtlichen Insolvenzsicherung auf einen Treuhänder des Käufers übertragen werden, wenn dies die Bestimmungen des CTA erlauben.

## **2. Mittelbare Pensionszusage**

Wenn die betriebliche Altersversorgung über eine externe Versorgungseinrichtung (Direktversicherung, Pensionskasse, Pensionsfonds oder Unterstützungskasse) abgewickelt wird, zieht dies faktisch zumeist keine besonderen Probleme nach sich. Die Pensionsverpflichtungen sind in der Regel ausfinanziert.

### **a. Übertragung von Verträgen**

Erwirbt der Käufer eine Targetgesellschaft durch Anteilskauf, bleiben hiervon die Rechtsbeziehungen zu externen Versorgungseinrichtungen unberührt. Versicherungsverträge oder Mitgliedschaften bestehen in der Regel fort.

Im Falle eines Betriebsübergangs gehen Vereinbarungen mit den externen Versorgungseinrichtungen allerdings nicht automatisch auf den Käufer über. Solche Vereinbarungen müssen vielmehr separat transferiert werden. So sind Versicherungsverträge mit einer Direktversicherung, einer Pensionskasse oder einem Pensionsfonds auf den Käufer zu übertragen oder eine Aufnahme in eine Unter-

stützungskasse oder Pensionskasse ist vorab sicherzustellen. Dabei ist jeweils die Mitwirkung der externen Versorgungseinrichtung erforderlich. Im Kaufvertrag kann daher nur geregelt werden, dass Käufer und Verkäufer an entsprechenden dreiseitigen Vereinbarungen mitwirken. Ohne Übertragung dieses Deckungsverhältnisses mit der externen Versorgungseinrichtung haftet der Käufer wie bei einer Direktzusage.

Im Spaltungsvertrag sind ebenfalls die Rechtsbeziehungen zu externen Versorgungseinrichtungen zu regeln. Werden diese nicht mit den Pensionsverpflichtungen übertragen, muss der aufnehmende Rechtsträger im Wege einer Direktzusage für die Verpflichtungen eintreten. Im Regelfall können aber auch die Verträge mit den externen Versorgungseinrichtungen im Rahmen der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge übertragen werden. Es bedarf keiner Zustimmung der externen Versorgungseinrichtung. Lediglich eine Mitgliedschaft in einer in der Rechtsform eines Vereins geführten Unterstützungskasse kann als höchstpersönliches Recht nicht im Rahmen der Abspaltung übertragen werden (§ 38 BGB). Hingegen ist die Mitgliedschaft in einer als Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit organisierten Pensionskasse übertragbar, so dass ein Übergang auch im Rahmen der partiellen Gesamtrechtsnachfolge auf den aufnehmenden Rechtsträger möglich erscheint. Gleichwohl sollte auch hier ein besonderes Augenmerk auf die satzungsmäßige Ausgestaltung der Versicherungs- und Mitgliedschaftsverhältnisse im Einzelnen gelegt werden.

### **b. Konzerneigene Versorgungseinrichtungen**

Wird die betriebliche Altersversorgung über eine konzerneigene Versorgungseinrichtung (in aller Regel Pensionskasse oder Unterstützungskasse) durchgeführt, schließen deren Satzungsbestimmungen eine Leistung an konzernfremde Versorgungsberechtigte möglicherweise aus. Die konzerneigene Versorgungseinrichtung dürfte dann nach dem Ausscheiden der Targetgesellschaft aus dem Konzern keine Leistungen an die ehemals konzernzugehörigen Versorgungsberechtigten mehr erbringen.

Nach dem Erwerb einer Targetgesellschaft durch Anteilskauf ist eine Leistung durch eine konzerneigene Versorgungseinrichtung nur dann weiterhin gewährleistet, wenn die Targetgesellschaft Trägerunternehmen oder Mitglied der konzerneigenen Versorgungseinrichtung bleiben kann. Nicht selten sehen die Satzungen konzerneigener Versorgungseinrichtungen Ausnahmeklauseln vor, die auch nach einer Transaktion die Gewährung von Versorgungsleistungen an Versorgungsberechtigte (dann) konzernfremder Gesellschaften erlaubt. Der Kaufvertrag kann daher den Verkäufer verpflichten, alle zumutbaren und angemessenen Handlungen vorzunehmen, damit die Targetgesellschaft Trägerunternehmen oder Mitglied der – eigentlich konzerngebundenen – Versorgungseinrichtung bleiben kann. Der Käufer kann sich dies auch im Rahmen einer Garantie zusichern lassen.

Wenn die Targetgesellschaft nach der Transaktion nicht Trägerunternehmen oder Mitglied der Versorgungseinrichtung bleiben kann, haftet sie als Arbeitgeber unmittelbar im Rahmen einer Direktzusage auf die Zahlung der Versorgungsleistungen. Die Targetgesellschaft kann – vorbehaltlich einer anderweitig bestehenden Verpflichtung gegenüber den Berechtigten im Einzelfall – anstelle einer Direktzusage auch eine eigene externe Versicherungseinrichtung einbinden.

Alternativ ist auch eine gesellschaftsrechtliche Auf- oder Abspaltung in zwei Versorgungseinrichtungen denkbar (vgl. insb. § 151 UmwG). Der Mitarbeiterbestand der Targetgesellschaft kann so auf eine nicht auf den Konzern beschränkte Versorgungseinrichtung übertragen werden. Alternativ kann der Mitarbeiterbestand auf eine andere Pensionskasse oder auf ein Versicherungsunternehmen übertragen werden (§§ 13, 200 VAG). Hierzu müssen die betroffenen Arbeitnehmer nicht zustimmen. Allerdings ist die Genehmigung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht erforderlich. Gegebenenfalls ist zu diesem Zweck eine entsprechende Pensionskasse zu gründen.

### c. Beitragszusagen als Transaktionshemmnis?

Mit Wirkung ab dem 1. Januar 2018 plant der Gesetzgeber durch das Betriebsrentenstärkungsgesetz

die betriebliche Altersversorgung in Form einer reinen Beitragszusage einzuführen. In einer Beitragszusage zahlt der Arbeitgeber Beiträge an eine Versorgungseinrichtung, haftet danach aber nicht mehr für die Erbringungen der Versorgungsleistung nach Eintritt des Versorgungsfalles. Nach derzeit geltendem Recht besteht dagegen immer eine Subsidiärhaftung, auch nach Zahlung regelmäßiger Beiträge (§ 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG). Im Grundsatz gilt auch für die Beitragszusage die allgemeine Haftungsverteilung. Auch hier muss eine Fortführung über die Versorgungseinrichtung nach dem Closing sichergestellt werden.

#### aa. Beitragszusage nach Betriebsübergang

Die Beitragszusage ist unter "Beteiligung" der Tarifvertragsparteien "durchzuführen" und zu "steuern" (§ 21 Abs. 1 BetrAVG n.F., sog. Sozialpartnermodell). Dies soll bedeuten, dass die Tarifvertragsparteien den Prozess der Einführung, Implementierung und Durchführung begleiten sollen.

Wenn nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Beitragszusage einführen wollen (vgl. § 24 BetrAVG n.F.) soll nach der Gesetzesbegründung das Einverständnis der durchführenden Versorgungseinrichtung erforderlich sein; es besteht kein Kontrahierungszwang. Ablehnungsgründe sieht das Gesetz nicht vor, wie die Praxis aussehen wird, bleibt abzuwarten. Nach einem Betriebsübergang kann die Beitragszusage nicht einfach als Direktzusage fortgeführt werden (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG n.F.). Verweigert die Versorgungseinrichtung das Einverständnis, würde die Fortführung der betrieblichen Altersversorgung dem Käufer unmöglich, so dass er von der Leistungspflicht frei würde (§ 275 BGB). Dies zeigt, dass die (nur!) in der Gesetzesbegründung geforderte Einverständniserklärung für die Fälle eines Betriebsübergangs nicht durchsetzbar sein dürfte.

Ob der Käufer eine Beitragszusage als beitragsorientierte Leistungszusage fortführen kann, erscheint jedenfalls ohne Zustimmung der Versorgungsberechtigten fraglich. Die Qualität der Zusage würde geändert. Die Umstellung könnte sich zudem auf die Höhe der Versorgungsleistung auswirken, denn beitragsorientierte Systeme müssen Garantien fi-

nanzieren, die in der reinen Beitragszusage nicht vorgesehen sind. Abgesehen davon werden wohl viele Zusagen so ausgestaltet sein, dass die Arbeitnehmer auch einen Anspruch auf eine Beitragszusage haben, der nicht einseitig abgeändert werden kann.

#### *bb. Einfluss der Sozialpartner*

Es bleibt weiter unklar, wie weit die "Beteiligung" der Tarifvertragsparteien bei der "Durchführung" und "Steuerung" der Beitragszusage gehen soll. Es soll ausreichen, wenn die Sozialpartner "*durch eine Vertretung in spezifischen Gremien der Versorgungseinrichtung hinreichende Einflussmöglichkeiten auf das Betriebsrentensystem haben bzw. dieses mit steuern können*". Über die Hintertür können so Gewerkschaften möglicherweise ihren Einfluss auf nicht tarifgebundene Unternehmen ausweiten, wodurch eine Transaktion auch einen gewerkschaftspolitischen Aspekt erhalten kann. Richtigerweise sollte die Beteiligung der Tarifvertragsparteien auf die Versorgungseinrichtung beschränkt bleiben, und sich nicht auf die (konkrete) Beitragszusage und das (konkrete) Betriebsrentensystem des (einzelnen) Unternehmens erstrecken.

### **3. Vereinbarungen zu kommerziellen Risiken**

Sind Direktzusagen nicht ausfinanziert bzw. werden vorhandene Vermögensgegenstände nicht auf den Käufer übertragen, wird der Käufer einen wirtschaftlichen Ausgleich für die übernommenen Pensionsverpflichtungen fordern.

#### **a. Bewertung der Pensionsverpflichtungen**

Für die Bewertung der bis zum Closing erdienten Pensionsverpflichtungen oder von Finanzierungslücken wird im Kaufvertrag regelmäßig auf die Berechnungsregelungen nach IAS oder US-GAAP abgestellt. Seit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz bietet sich aber auch eine Bewertung nach HGB an. Die gem. § 6a EStG berechneten Pensionsrückstellungen sind dagegen regelmäßig um ca. 30%, in einigen Fällen sogar um 50% zu erhöhen, um eine realistische Größe zu reflektieren. Da für Dienstzeiten ab dem 1. Januar 2018 die Anwartschaften ausgeschiedener Arbeitnehmer zu dynamisieren sein werden (§ 2a Abs. 2 BetrAVG n.F.),

wird eine weitere Erhöhung des Verpflichtungsumfanges in den nächsten Jahren hinzukommen.

Dabei sollten auch die anzuwendenden Berechnungsparameter (Zinssatz, Rentenerhöhungen, Rentenalter, Lebenshaltungskosten, Beitragsbemessungsgrenze in der Sozialversicherung, Sterbetafeln etc.) bereits in einer Anlage zum Kaufvertrag festgelegt werden, um späteren Streitigkeiten über die Bewertung von Pensionsverpflichtungen vorzubeugen. Kommt es zu keiner Einigung, kann ein unabhängiger Aktuar für eine bindende Festlegung vertraglich vorgesehen werden.

#### **b. Kaufpreisminderung**

Wie der wirtschaftliche Ausgleich für die Übernahme der Pensionsverpflichtungen im Einzelfall erfolgt, bleibt den Parteien überlassen. Der wohl einfachste Weg ist eine Minderung des Kaufpreises, sofern die Pensionsverpflichtungen bei der Bewertung des Unternehmenswerts noch nicht entsprechende Berücksichtigung gefunden haben.

#### **c. Auslagerung der Pensionsverpflichtungen**

Auch eine Auslagerung der Pensionsverpflichtungen auf eine externe Versorgungseinrichtung kann vor dem Closing erfolgen. Dies wird aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen in der Regel ein Pensionsfonds sein. Der Verkäufer muss hierfür einen Einmalbetrag an den Pensionsfonds zahlen. Der damit verbundene Wechsel des Durchführungswegs ist nicht mitbestimmungspflichtig, wenn entweder der ursprüngliche Leistungsplan oder der ursprüngliche Dotierungsrahmen gewahrt bleiben.

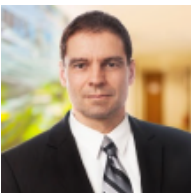
Verändert sich allerdings die Rechtsqualität des Versorgungsanspruchs durch den Wechsel des Durchführungsweges, so ist das Einverständnis der Versorgungsberechtigten notwendig. Die begünstigten Versorgungsberechtigten sind aber grundsätzlich zur Zustimmung verpflichtet, wenn der Wechsel des Durchführungsweges erkennbar für die Versorgungsberechtigten keine Nachteile mit sich bringt und die Überlegungen des Arbeitgebers nachvollziehbar sind. Allerdings können die Versorgungsberechtigten einen Anspruch auf Einhaltung des Durchführungswegs aus der Versorgungsregelung haben.



#### d. Freistellungen

Soweit die Due Diligence Risiken aufgedeckt hat, wird der Käufer hierfür eine Freistellung verlangen. Typischerweise bergen Änderungen, Ablösungen oder Schließungen älterer Versorgungsregelungen solche Risiken. Sollten diese nicht wirksam sein, ist die finanzielle Verpflichtung möglicherweise höher als vom Verkäufer angenommen. Auch ist zu prüfen, ob in der Vergangenheit Anpassungen nach § 16 BetrAVG erfolgt sind oder – falls nicht – ob diese zu recht unterlassen wurden.

\* Die Fortsetzung dieses Beitrags folgt in der September-Ausgabe des Newsletters Arbeitsrecht. Der Abdruck erfolgt mit freundlicher Genehmigung der Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht (KSzW) des Otto Schmidt Verlages.



**Bernd Klemm**  
Partner, München  
T +49 (0) 89 29012 171  
bernd.klemm@hoganlovells.com



**Dr. Thomas Frank**  
Senior Associate, München  
T +49 (0) 89 29012 171  
thomas.frank@hoganlovells.com

# Aktuelles Urteil Arbeitsrecht

## Unwirksamkeit einer Compliance-Kündigung wegen Datenschutzverstoß

**Der Einsatz eines Software-Keyloggers, mit dem alle Tastatureingaben an einem dienstlichen Computer für eine verdeckte Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers aufgezeichnet werden, ist nach § 32 Abs. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) unzulässig, wenn kein auf den Arbeitnehmer bezogener, durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht. Dies entschied das Bundesarbeitsgericht (BAG) jüngst am 27. Juli 2017 (Az. 2 AZR 681/16).**

### Der Fall

In dem Verfahren wehrte sich der klagende Web-Entwickler gegen seine Kündigung. Die beklagte Arbeitgeberin hatte den Dienst-PC des Klägers mit einem sogenannten Keylogger präpariert. Damit wollte sie ihrer Vermutung nachgehen, dass sich der Mann während der Arbeitszeit unerlaubt und in einem großen Umfang mit anderen Aktivitäten befasst hatte.

Die installierte Keylogger-Software zeichnete über einen längeren Zeitraum sämtliche Tastatureingaben des Klägers auf und speicherte diese dauerhaft. Zusätzlich erstellte und speicherte das Programm in regelmäßigen Abständen Screenshots vom PC des Arbeitnehmers. Die Auswertung der aufgezeichneten Log-Dateien ergab, dass der Kläger während der Arbeitszeit viel Zeit damit verbrachte, ein Raumschiff-PC-Spiel zu privaten Zwecken zu programmieren und zu spielen. Zudem hatte der Web-Entwickler den ausgewerteten Daten nach ebenfalls während der Arbeitszeit im großen Umfang unerlaubt für das Logistikunternehmen seines Vaters Aufträge bearbeitet sowie ein EDV-Tool hierfür entwickelt und bedient.

Die Arbeitgeberin hatte nach eigenen Angaben circa 6.000 E-Mails in diesem Zusammenhang entdeckt. Den Auswertungsergebnissen zufolge verbrachte der Kläger ebenfalls viel Zeit damit, auf diversen Internetseiten nach Flugzeugen und Freizeitparks zu suchen.

Vor Gericht stritt der Kläger die Vorwürfe der Arbeitgeberin weitgehend ab. Er sei lediglich rund

10 Minuten pro Tag mit Tätigkeiten für das andere Unternehmen beschäftigt gewesen. Mit dem PC-Spiel habe er sich insgesamt nur drei Stunden in einem Zeitraum von vier Monaten beschäftigt. Für diese Aktivitäten habe er seinen Dienst-PC fast ausschließlich in den Pausen genutzt.

### Die Entscheidung

In dem Fall ging es damit im Kern um die Frage, ob die Arbeitgeberin die Log-Dateien unter Verstoß gegen § 32 BDSG ermittelt hat und ob das Gericht datenschutzrechtswidrig erlangte Log-Dateien als Beweise verwerten darf. Die Privatnutzung des Dienst-PCs während der Arbeitszeit in dem vom Arbeitnehmer eingeräumten Umfang rechtfertigte nach Auffassung der Bundesrichter für sich genommen ohne vorherige Abmahnung keine Kündigung. Vielmehr hätte die Arbeitgeberin beweisen müssen, dass sich der Arbeitnehmer anstelle zu arbeiten in noch größerem Umfang unerlaubt mit anderen Tätigkeiten beschäftigt hat. Ein solches weitergehendes Fehlverhalten hätte sie aber nur mit Hilfe der Log-Dateien beweisen können.

Das ließ das BAG aber nicht zu: Die Erfurter Richter bewerteten den heimlichen Einsatz der Software durch die Arbeitgeberin ohne einen auf den Arbeitnehmer bezogenen konkreten, auf Tatsachen begründeten Verdacht einer Straftat oder anderweitigen schwerwiegenden Pflichtverletzung als einen unverhältnismäßigen und rechtswidrigen Eingriff in das Grundrecht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG). Damit bestätigte das BAG die Urteile des Landesarbeitsgerichts Hamm (v. 17. Juni 2016 – 16 Sa 1711/15) und des Arbeitsgerichts Herne (v. 14. Oktober 2015 – 6 Ca 1789/15).

Wenn schon das Erheben des Beweismittels gegen das BDSG verstößt, ist dies ein wichtiges Indiz dafür, dass die Verwertung des Beweismittels durch das Gericht einen unvereinbaren Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung darstellen würde.

Die Zulässigkeit der Ermittlungsmaßnahme hätte sich im vorliegenden Fall mangels Einwilligung des Betroffenen nur aus § 32 Abs. 1 BDSG ergeben kön-

nen. Diese Vorschrift regelt die Datenverarbeitung im Beschäftigtenverhältnis. Danach sind gemäß der Rechtsprechung des BAG Untersuchungsmaßnahmen des Arbeitgebers nur zulässig, wenn der gegen einen Arbeitnehmer gerichtete konkrete, auf Tatsachen begründete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht. Voraussetzung ist zudem, dass weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, die angedachte Maßnahme damit praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und die Maßnahme insgesamt nicht unverhältnismäßig ist (BAG v. 21. November 2013 – 2 AZR 797/11). An einem solchen konkreten Verdacht fehlte es in dem vorliegenden Fall. Da die Arbeitgeberin gegen den Arbeitnehmer "ins Blaue hinein" ermittelt habe, werteten die Bundesrichter die Überwachung mittels Keylogger-Software als einen Verstoß gegen das BDSG.

### Fazit

Die Erfurter Richter bestätigen mit ihrer Entscheidung die Linie, dass eine lückenlose technische Überwachung am Arbeitsplatz in der Regel rechtswidrig ist (vgl. BAG v. 27. März 2003 – 2 AZR 51/02). Durch eine Dauerüberwachung werden Arbeitnehmer einem ständigen Überwachungsdruck ausgesetzt, der grundsätzlich mit ihren Persönlichkeitsrechten nicht vereinbar ist.

Mit der Einschätzung, dass der Einsatz des Keyloggers rechtswidrig in die Grundrechte des Mannes eingreift, liegen die deutschen Arbeitsgerichte auf einer Linie mit den europäischen Datenschutzbehörden. In ihrer Stellungnahme vom 8. Juni 2017 bezeichnete etwa das interne Abstimmungsgremium der EU-Datenschutzbehörden Überwachungsmaßnahmen am Arbeitsplatz wie den Einsatz von Keyloggern, Mausbewegungs-Rekordern und automatischer Screen-Capture-Software als im Regelfall unverhältnismäßig.

Der nun entschiedene Fall spielte sich zwar unter dem aktuell noch geltenden BDSG ab. Auf die ab dem 25. Mai 2018 geltende EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und das zeitgleich in Kraft tretende neue BDSG sind die Grundsätze der

Erfurter Bundesrichter aber uneingeschränkt übertragbar.

Die große Zahl verfügbarer technischer Überwachungsmethoden mag bei manchen Arbeitgebern Begehrlichkeiten wecken. Jedoch müssen sie genau prüfen, welche Maßnahmen sie zur Aufklärung von vermuteten Straftaten und Pflichtverletzungen am Arbeitsplatz einsetzen. Ist die Maßnahme unverhältnismäßig, können nicht nur die gewonnenen Beweise rechtlich wertlos sein. Auch drohen dem Arbeitgeber gegebenenfalls Bußgelder der Datenschutzaufsichtsbehörden und Schadensersatzklagen der betroffenen Arbeitnehmer.

\* Den vollständigen Beitrag der Autoren zu dem aktuellen BAG-Urteil mit weiteren Hintergrundinformationen finden Sie [hier](#) auf Legal Tribune Online.



**Dr. Wolf-Tassilo Böhm**

Senior Associate, Frankfurt am Main  
T +49 (0) 69 96236 358  
wolf.boehm@hoganlovells.com



**Dr. Lukas Ströbel**

Associate, Frankfurt am Main  
T +49 (0) 69 96236 358  
lukas.stroebel@hoganlovells.com

# Aktuelles Urteil betriebliche Altersversorgung

## Teilzeitbeschäftigung, gespaltene Rentenformel und unverfallbare Anwartschaften

**Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat auf Vorlage des Arbeitsgerichts Verden (Az. 1 Ca 32 15 B) am 13. Juli 2017 (Rs. C-354/16) die Anwendung einer gespaltene Rentenformel auf teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter als unproblematisch angesehen. Es ist danach zulässig, zunächst den rentenfähigen Jahresverdienst auf Basis einer Vollzeitbeschäftigung zu ermitteln, diesen sodann auf Basis des Teilzeitbeschäftigungsgrades zu reduzieren, den so ermittelten Betrag in einen Anteil unterhalb und oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze aufzuspalten und schließlich hierauf die unterschiedlichen Prozentsätze der gespaltene Rentenformel anzuwenden.**

**Auf eine weitere Frage des Arbeitsgerichts Verden stellte der EuGH fest, dass die zeiträtlerliche Berechnung einer unverfallbaren Anwartschaft im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung auch dann zulässig ist, wenn die fiktive Höhe der Betriebsrente bei unterstellter Betriebszugehörigkeit bis zum Renteneintritt begrenzt ist durch eine Höchstbegrenzung anrechnungsfähiger Dienstjahre.**

### Der Fall

Berechnet sich eine Betriebsrente nach einer sog. gespaltene Rentenformel, wird unterschieden zwischen Einkommen unterhalb und oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung (BBG). Im Streitfall erhöhte sich für jedes Dienstjahr die Betriebsrente um 0,6 % der Gehaltsbestandteile unterhalb der BBG und um 2 % oberhalb der BBG. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass für Gehaltsbestandteile oberhalb der BBG keine Rentenansprüche in der gesetzlichen Rentenversicherung erworben werden.

Die Klägerin hatte vor dem Arbeitsgericht Verden geltend gemacht, dass der höhere Satz von 2 % in zu geringem Maße berücksichtigt werde. Für Teilzeitbeschäftigte müsse zunächst das fiktive Einkommen eines Vollzeitbeschäftigten errechnet werden und darauf seien die Prozentsätze anzuwenden. Erst im Anschluss hieran sei eine Reduzierung auf Basis des Teilzeitbeschäftigungsgrades vorzunehmen. In der Tat fällt das Gehalt nach Berücksichti-

gung des Beschäftigungsgrades in der Regel unter die BBG, so dass der höhere Satz von 2 % nicht mehr berücksichtigt wird, wenn die Prozentsätze erst auf das reduzierte Gehalt angewendet werden.

### Die Entscheidung

Doch genau das sah der EuGH als zulässig an. Soweit die höheren Prozentsätze nicht angewendet werden, sei dies Folge der gespaltene Rentenformel und der Kürzung pro rata temporis, nicht aber Folge der Teilzeitbeschäftigung. Damit liege keine Diskriminierung Teilzeitbeschäftigter vor. Vielmehr würde die von der Klägerin geforderte Berechnung dazu führen, dass einem Teilzeitbeschäftigten, dessen (Teilzeit-)Gehalt unterhalb der BBG liegt, der höhere Prozentsatz zu Gute käme, wenn nur das entsprechende Vollzeitgehalt oberhalb der BBG liegt. Hierfür sieht der EuGH keinen Bedarf. Das mit der gespaltene Formel verfolgte Ziel, den unterschiedlichen Versorgungsbedarf für Gehaltsbestandteile unterhalb und oberhalb der BBG zu berücksichtigen, rechtfertige eine unterschiedliche Behandlung.

Weitergehend hat der EuGH bestätigt, dass für die Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses ein einheitlicher Beschäftigungsgrad der Rentenberechnung zu Grunde gelegt werden darf. Es müsse nicht nach Zeiten in Vollzeit und Teilzeit unterschieden werden, allerdings nur dann, wenn nicht gegen den Pro-rata-temporis-Grundsatz verstoßen werde.

Weiter hat der EuGH entschieden, dass die Berechnung einer unverfallbaren Anwartschaft anlässlich einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch zeiträtlerliche Kürzung (vgl. § 2 Abs. 1 BetrAVG) auch dann keine unzulässige Diskriminierung darstellt, wenn die Höhe der erreichbaren Betriebsrente dadurch begrenzt ist, dass nur eine bestimmte Höchstgrenze von Dienstjahren rentensteigernd berücksichtigt werden. Infolge der Berechnung aus dem Verhältnis der Dauer der Betriebszugehörigkeit einerseits zu der Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zur Regelaltersgrenze andererseits ergibt sich zwar eine Benachtei-

ligung jüngerer Mitarbeiter. Denn bei gleicher Betriebszugehörigkeit ergibt sich für jüngere Mitarbeiter eine geringere Anwartschaft als für ältere Mitarbeiter, weil bei älteren Mitarbeitern die Höchstgrenze von Dienstjahren die für diesen Mitarbeiterkreis erreichbare Betriebsrente nicht begrenzt, für jüngere Mitarbeiter hingegen bei langer Zeit vom Beginn der Betriebszugehörigkeit bis zur Regelaltersgrenze nicht zugleich auch die gesamte Zeit rentensteigernd berücksichtigt wird. Doch nach Auffassung des EuGH sei diese Ungleichbehandlung angesichts des Ziels der betrieblichen Altersversorgung angemessen. Die Regelung diene der Mobilität und Rentenversorgung der Mitarbeiter und belohne die Betriebstreue von Mitarbeitern. Zugleich trage sie den unternehmerischen Belangen an einer überschaubaren und kalkulierbaren Belastung Rechnung.

### Fazit

Zunächst bestätigt die Entscheidung des EuGH die übliche betriebliche Praxis bei der Berechnung von Rentenansprüchen und -anwartschaften. Die Ausführungen zur Berechnung einer unverfallbaren Anwartschaft kommen dabei nicht überraschend. Schon im Jahr 2012 hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) eine solche Berechnung anerkannt (BAG vom 11. Dezember 2012 – 3 AZR 634/10).

Unklar ist allerdings die Aussage zur Anwendung eines einheitlichen Beschäftigungsgrades, denn der EuGH sah zwar keine Diskriminierung, betonte aber, dass der Pro-rata-temporis-Grundsatz nicht verletzt werden dürfe und verwies auf eine weitergehende Prüfung durch das Arbeitsgericht. Der Pro-rata-temporis-Grundsatz besagt, dass einem Teilzeitbeschäftigten Arbeitsentgelt oder andere geldwerte Leistungen mindestens in dem Umfang zu gewähren sind, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten entspricht (vgl. § 4 Abs. 1 TzBfG). Möglicherweise ist es danach im Einzelfall doch erforderlich, die Betriebsrente für Zeiten einer Vollzeitbeschäftigung und einer Teilzeitbeschäftigung getrennt zu bestimmen, damit der höhere

Prozentsatz der gespaltenen Rentenformel ausreichend berücksichtigt wird.



**Dr. Thomas Frank**

Senior Associate, München

T +49 (0) 89 29012 171

thomas.frank@hoganlovells.com

# Newsletterarchiv

2015	Schwerpunktthema
September	Datenschutz am Arbeitsplatz – Was sind die aktuellen Vorgaben der Rechtsprechung?
Oktober	Sonderheft Safe Harbor: Nach dem Ende von Safe Harbor: Wie man Risiken bei der Übermittlung von Arbeitnehmerdaten in die USA oder andere Drittstaaten vermeidet
November	Beschäftigung von Flüchtlingen in Deutschland – Arbeit als Schlüssel zur Integration
Dezember	Der AÜG-Referentenentwurf – Neue Einschränkungen bei Leiharbeit sowie Werk- und Dienstverträgen geplant
2016	Schwerpunktthema
Januar	Entsendung von Mitarbeitern ins Ausland
Februar	Mehr Lohngerechtigkeit zwischen Frauen und Männern – Was bringt der Referentenentwurf des Entgeltgleichheitsgesetzes?
März	Im Dickicht der Zuständigkeiten der Betriebsräte – Zwischen Einzel-, Gesamt- und Konzernbetriebsrat: den richtigen Verhandlungspartner suchen und finden
April	Betriebliches Eingliederungsmanagement: Ein wirksames Mittel gegen krankheitsbedingte Störungen des Arbeitsverhältnisses?
Mai	Zielvereinbarungen und Zielvereinbarungsgespräche
Juni	Low Performance
Juli	Mitbestimmung des Betriebsrats bei Performance Management Systemen
August	"BAV 2018" – Was ist jetzt zu tun?
September	Incentives – gezielter Einsatz oder "Gießkannenprinzip"?
Oktober	Arbeits- und datenschutzrechtliche Anforderungen an die Implementierung von Talent Management Systemen
November	Reform des Personaleinsatzes – Durchbruch oder Rückschritt?
Dezember	Trennungsmanagement - Zur erfolgreichen Umsetzung von Personalentscheidungen
2017	Schwerpunktthema
Januar	Gesetzliche Neuregelungen im Arbeitsrecht 2017
Februar	Die ewige Gretchenfrage: Freier Mitarbeiter oder Arbeitnehmer?
März	Das "neue" Entgelttransparenzgesetz – ein Update
April	Kleider machen Unternehmen
Mai	Matrix-Strukturen im Arbeitsrecht
Juni	Der neue Beschäftigtendatenschutz kommt: Das Wichtigste auf einen Blick
Juli	Compliance-Ermittlungen und Korrektur von Erklärungen bei der Besteuerung von Arbeitnehmern

# Hogan Lovells e-Newsletter

Wenn Sie oder Ihre Mitarbeiter anderer Fachabteilungen an weiteren, kostenlosen e-Newslettern von Hogan Lovells interessiert sind, bitten wir um kurze Mitteilung per Fax oder eine E-Mail an unseren Client Service:

Hogan Lovells International LLP

Sebastian Müller

F: +49 (0) 89 290 12 222

E: [sebastian.mueller@hoganlovells.com](mailto:sebastian.mueller@hoganlovells.com)

Bitte senden Sie mir den e-Newsletter*	Wie sind Sie auf uns aufmerksam geworden?
<input type="checkbox"/> Newsletter Arbeitsrecht <input type="checkbox"/> Automotive News <input type="checkbox"/> Commercial Bulletin <input type="checkbox"/> Infrastructure, Energy, Resources and Projects Newsletter <input type="checkbox"/> IPunkt (Intellectual Property) <input type="checkbox"/> TMT News (Technologie, Medien, Telekommunikation)	<input type="checkbox"/> Empfehlung durch Kollegen <input type="checkbox"/> Veranstaltung von Hogan Lovells <input type="checkbox"/> Newsletter anderer Praxisgruppen <input type="checkbox"/> Internetseite von Hogan Lovells <input type="checkbox"/> Eigene Online-Recherche <input type="checkbox"/> Andere, welche _____

Name, Vorname: \_\_\_\_\_

Firma: \_\_\_\_\_

Position/Abteilung: \_\_\_\_\_

Straße: \_\_\_\_\_

PLZ/Ort: \_\_\_\_\_

E-Mail (zwingend): \_\_\_\_\_

*(Bitte in Druckbuchstaben ausfüllen)*

\*Diese Newsletter von Hogan Lovells International LLP erscheinen kostenlos in regelmäßigen Abständen per E-Mail in deutscher Sprache. Wenn Sie am Weiterbezug eines e-Newsletters nicht mehr interessiert sein sollten, können Sie jederzeit eine E-Mail an Ihren Ansprechpartner bei Hogan Lovells oder die Absenderadresse des jeweiligen Newsletter-Versenders schicken. Sie werden dann umgehend aus den Verteilerlisten genommen.

# Ihre Ansprechpartner

---

## Düsseldorf

---

Kennedydamm 24  
40476 Düsseldorf

T +49 (0) 211 1368 0  
F +49 (0) 211 1368 100

Dr. Tim Gero Joppich

[tim.joppich@hoganlovells.com](mailto:tim.joppich@hoganlovells.com)

Stefan Richter

[stefan.richter@hoganlovells.com](mailto:stefan.richter@hoganlovells.com)

Charlotte Neubauer

[charlotte.neubauer@hoganlovells.com](mailto:charlotte.neubauer@hoganlovells.com)

Justus Frank

[justus.frank@hoganlovells.com](mailto:justus.frank@hoganlovells.com)

---

## Frankfurt

---

Untermainanlage 1  
60329 Frankfurt am Main

T +49 (0) 69 96236 0  
F +49 (0) 69 96236 100

Dr. Kerstin Neighbour

[kerstin.neighbour@hoganlovells.com](mailto:kerstin.neighbour@hoganlovells.com)

Tim Wybitul

[tim.wybitul@hoganlovells.com](mailto:tim.wybitul@hoganlovells.com)

Dr. Wolf-Tassilo Böhm

[wolf.boehm@hoganlovells.com](mailto:wolf.boehm@hoganlovells.com)

Dr. Sabrina Gäbeler

[sabrina.gaebeler@hoganlovells.com](mailto:sabrina.gaebeler@hoganlovells.com)

Dr. Nadine Kramer

[nadine.kramer@hoganlovells.com](mailto:nadine.kramer@hoganlovells.com)

Sarah Islinger

[sarah.islinger@hoganlovells.com](mailto:sarah.islinger@hoganlovells.com)

Dr. Lukas Ströbel

[lukas.stroebel@hoganlovells.com](mailto:lukas.stroebel@hoganlovells.com)

Isabelle Brams

[isabelle.brams@hoganlovells.com](mailto:isabelle.brams@hoganlovells.com)

---

## Hamburg

---

Alstertor 21  
20095 Hamburg

T +49 (0) 40 41993 0  
F +49 (0) 40 41993 200

Dr. Eckard Schwarz

[eckard.schwarz@hoganlovells.com](mailto:eckard.schwarz@hoganlovells.com)

Matthes Schröder

[matthes.schroeder@hoganlovells.com](mailto:matthes.schroeder@hoganlovells.com)

Dr. Leif Hansen

[leif.hansen@hoganlovells.com](mailto:leif.hansen@hoganlovells.com)

---



---

**Hamburg**

---

Marco Neugeboren  
[marco.neugeboren@hoganlovells.com](mailto:marco.neugeboren@hoganlovells.com)

Dr. Sven Schulze  
[sven.schulze@hoganlovells.com](mailto:sven.schulze@hoganlovells.com)

Julia Fiedler  
[julia.fiedler@hoganlovells.com](mailto:julia.fiedler@hoganlovells.com)

---

**München**

---

Karl-Scharnagl-Ring 5  
80539 München

T +49 (0) 89 29012 0  
F +49 (0) 89 29012 222

Dr. Ingrid Ohmann-Sauer  
[ingrid.ohmann@hoganlovells.com](mailto:ingrid.ohmann@hoganlovells.com)

Dr. Hendrik Kornbichler  
[hendrik.kornbichler@hoganlovells.com](mailto:hendrik.kornbichler@hoganlovells.com)

Bernd Klemm  
[bernd.klemm@hoganlovells.com](mailto:bernd.klemm@hoganlovells.com)

Dr. Lars Mohnke  
[lars.mohnke@hoganlovells.com](mailto:lars.mohnke@hoganlovells.com)

Dr. Thomas Frank  
[thomas.frank@hoganlovells.com](mailto:thomas.frank@hoganlovells.com)

Dr. Silvia Lang  
[silvia.lang@hoganlovells.com](mailto:silvia.lang@hoganlovells.com)

Moritz Langemann  
[moritz.langemann@hoganlovells.com](mailto:moritz.langemann@hoganlovells.com)

Dr. Werner Thienemann  
[werner.thienemann@hoganlovells.com](mailto:werner.thienemann@hoganlovells.com)

Felix Wilking  
[felix.wilking@hoganlovells.com](mailto:felix.wilking@hoganlovells.com)

Anna Huber  
[anna.huber@hoganlovells.com](mailto:anna.huber@hoganlovells.com)

Dr. Angelika Hafenmayer  
[angelika.hafenmayer@hoganlovells.com](mailto:angelika.hafenmayer@hoganlovells.com)

Dr. Reimo R. Richarz  
[reimo.richarz@hoganlovells.com](mailto:reimo.richarz@hoganlovells.com)

Dr. Philipp Lammers  
[philipp.lammers@hoganlovells.com](mailto:philipp.lammers@hoganlovells.com)

---

Alicante  
Amsterdam  
Baltimore  
Brüssel  
Budapest  
Caracas  
Colorado Springs  
Denver  
Dschidda  
Dubai  
Düsseldorf  
Frankfurt am Main  
Hamburg  
Hanoi  
Ho Chi Minh Stadt  
Hongkong  
Houston  
Johannesburg  
London  
Los Angeles  
Luxemburg  
Madrid  
Mailand  
Mexiko-Stadt  
Miami  
Minneapolis  
Monterrey  
Moskau  
München  
New York  
Northern Virginia  
Paris  
Peking  
Perth  
Philadelphia  
Riad  
Rio de Janeiro  
Rom  
San Francisco  
São Paulo  
Schanghai  
Silicon Valley  
Singapur  
Sydney  
Tokio  
Ulaanbaatar  
Warschau  
Washington, D.C.  
Zagreb

Unsere Büros  
Kooperationsbüros

[www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com)

"Hogan Lovells" oder die "Sozietät" ist eine internationale Anwaltssozietät, zu der Hogan Lovells International LLP und Hogan Lovells US LLP und ihnen nahestehende Gesellschaften gehören.

Die Bezeichnung "Partner" beschreibt einen Partner oder ein Mitglied von Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP oder einer der ihnen nahestehenden Gesellschaften oder einen Mitarbeiter oder Berater mit entsprechender Stellung. Einzelne Personen, die als Partner bezeichnet werden, aber nicht Mitglieder von Hogan Lovells International LLP sind, verfügen nicht über eine Qualifikation, die der von Mitgliedern entspricht.

Weitere Informationen über Hogan Lovells, die Partner und deren Qualifikationen, finden Sie unter [www.hoganlovells.com](http://www.hoganlovells.com).

Sofern Fallstudien dargestellt sind, garantieren die dort erzielten Ergebnisse nicht einen ähnlichen Ausgang für andere Mandanten. Anwaltswerbung. Abbildungen von Personen zeigen aktuelle oder ehemalige Anwälte und Mitarbeiter von Hogan Lovells oder Models, die nicht mit der Sozietät in Verbindung stehen.

©Hogan Lovells 2017. Alle Rechte vorbehalten.